



**Caso Menarini
Diagnostics c. Italia;
traduzione
integrale della
sentenza CEDU del
27 Settembre 2011**

di **Jessica Tristano**
Avvocato

www.duitbase.it

10.2011

CASO DI A. MENARINI DIAGNOSTICS S.R.L. c. ITALIA

(Ricorso n. 43509/08)

SENTENZA

STRASBURGO

27 Settembre 2011

Questa decisione diventerà definitiva alle condizioni di cui all'articolo 44 § 2 della Convenzione. Essa può essere sottoposta a revisione editoriale.

Nel caso di A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia

La Corte europea dei diritti dell'uomo (seconda sezione), riunita in una camera composta da:

Françoise Tulkens, *presidente*,
David Thór Björgvinsson,
Dragoljub Popović,
Giorgio Malinverni
Andras Sajo,
Guido Raimondi
Paulo Pinto de Albuquerque, *giudici*,
e Stanley Naismith, *cancelliere di sezione*,

Dopo aver deliberato in camera di consiglio il 30 agosto 2011,

Pronuncia la seguente sentenza, adottata in tale ultima data:

PROCEDIMENTO

1. All'origine della causa vi è un ricorso (n. 43509/08) contro la Repubblica italiana con cui una società italiana, A. Menarini Diagnostics Srl ("la ricorrente") ha adito la Corte il 10 settembre 2008 ai sensi dell'art 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("la Convenzione").

2. La società ricorrente è rappresentata e difesa da G. Romano, avvocato del Foro di Benevento, e da A. Mascia, avvocato del Foro di Verona. Il governo italiano ("Governo") è rappresentato dal suo agente, E. Spatafora, e dal suo co-agente, P. Accardo.

3. La società ricorrente lamenta la mancanza di "piena giurisdizione" del giudice amministrativo nel sistema nazionale, così ponendo un problema in termini di accesso alla giustizia.

4. Il 20 aprile 2010, il presidente della Seconda Sezione ha deciso di comunicare il ricorso al Governo. Come consentito dall'articolo 29 § 1 della Convenzione, la sezione si è pronunciata contemporaneamente sull'ammissibilità e sul merito.

IN FATTO

I. LE CIRCOSTANZE DEL CASO

5. La ricorrente, A. Menarini Diagnostics S.r.l., è una società italiana avente sede a Firenze.

6. I fatti della causa, quali sostenuti dalle parti, possono riassumersi nel modo seguente.

7. La società ricorrente vende test diagnostici per il diabete. Nel 2001, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l'AGCM, autorità amministrativa indipendente, disponeva un'inchiesta contro la società ricorrente ed altre quattro società farmaceutiche per aver messo in atto pratiche anticoncorrenziali, sulla base dell'articolo 2 della legge n. 287 del 10 ottobre 1990 di tutela della concorrenza e del mercato.

8. Nel 2003, l'AGCM contestava alla ricorrente di aver partecipato ad un cartello avente per scopo la fissazione dei prezzi e la ripartizione del mercato dei test diagnostici per il diabete.

9. Con decisione del 30 aprile 2003, notificata alla società ricorrente il 15 maggio 2003, l'AGCM infliggeva alla società ricorrente una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro per pratiche anticoncorrenziali nel mercato dei test diagnostici per il diabete, in base alle norme di concorrenza previste dalla legge n. 287 del 10 ottobre 1990. In particolare, l'AGCM sosteneva che la pena dovesse rappresentare un deterrente per qualsiasi altra azienda farmaceutica.

10. La ricorrente pagava la somma il 26 gennaio 2004.

11. L'8 luglio 2003 la società ricorrente presentava ricorso avverso tale decisione dinanzi al Tribunale amministrativo del Lazio (TAR). A sostegno del suo ricorso, la ricorrente negava di aver partecipato a un cartello per fissare i prezzi dei test diagnostici e criticava le conclusioni formulate nei suoi confronti. Inoltre, la società contestava l'esposizione e la qualificazione dei fatti effettuate dall'AGCM.

12. La società contestava altresì l'importo della sanzione pecuniaria ed **eccepiva l'incostituzionalità dell'articolo 33 della legge n. 287 del 1990 nella parte in cui escludeva un controllo di piena giurisdizione da parte dei tribunali**. La società ricorrente chiedeva al tribunale di sospendere la decisione dell'AGCM, di annullarla nel merito e di ridurre la sanzione del 10%.

13. **Con sentenza del 3 dicembre 2003, il Tar respingeva il ricorso della ricorrente. Ribadiva che il controllo del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM era esclusivamente un controllo di legittimità.** Nella misura in cui il ricorso della società ricorrente verteva sull'abuso di potere da parte dell'autorità amministrativa, il giudice amministrativo poteva controllare soltanto la rilevanza e la motivazione dell'atto dell'amministrazione, ma non aveva l'autorità di sostituirsi all'AGCM.

14. Il Tar sottolineava che il suo controllo si esauriva nella valutazione dei fatti e nell'applicazione della sanzione, ma per quanto riguardava la qualificazione dei fatti effettuata dalla AGCM, il controllo era limitato esclusivamente alla legittimità dell'atto amministrativo.

15. Per quanto riguardava la sanzione, il TAR confermava l'applicazione dell'articolo 15 della legge n. 287 del 1990. In particolare, il TAR affermava che, poiché il ricorso concerneva l'abuso di potere, **il giudice amministrativo poteva decidere se la decisione impugnata fosse logica, opportuna, ragionevole, correttamente motivata, ma non poteva sostituire la propria valutazione nel merito a quella dell'AGCM.** Sosteneva che il sindacato giurisdizionale fosse "debole" perché si trattava di un

controllo di buon senso e di coerenza tecnica della decisione adottata, senza che il giudice potesse far prevalere la propria valutazione tecnica su quella dell'AGCM. In questo contesto, il TAR sottolineava che ci fosse "certamente una perdita per l'efficacia della difesa, dal momento che è vietato al giudice effettuare un controllo intrinseco". Inoltre, secondo il Tar "il giudice non può sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'AGCM; allo stesso modo, il giudice può applicare solo le norme individuate dall'AGCM e non può sostituirle con altre; non può modificare le caratteristiche dell'inchiesta, e quindi nemmeno la decisione. Può solo verificarne la legittimità".

16. 15 luglio 2004 la ricorrente impugnava la sentenza davanti al Consiglio di Stato.

17. La società ricorrente sosteneva che il TAR, limitandosi al controllo di legittimità dell'atto dell'AGCM, avesse ommesso di valutare il comportamento della società ricorrente sanzionata. Sosteneva, inoltre, che la pena fosse illegittima. In particolare affermava che il contenuto della norma che definiva l'illecito non fosse stato determinato dal legislatore e che l'AGCM avesse il potere di determinarne il contenuto al momento della valutazione del caso di specie. Infine, lamentava la mancanza di "piena giurisdizione" del giudice amministrativo nel sistema nazionale.

18. Con sentenza del 16 marzo 2006, il Consiglio di Stato respingeva il ricorso della società. Osservava che la giurisdizione del giudice amministrativo fosse limitata ad un controllo di legittimità, ma che l'accesso alla giustizia non fosse limitato nella misura in cui il giudice amministrativo poteva valutare le prove raccolte dall'AGCM. Inoltre, il Consiglio di Stato ricordava che quando l'amministrazione dispone di un potere discrezionale, il giudice amministrativo non ha alcun potere di sostituirsi all'autorità amministrativa indipendente; tuttavia, può verificare se l'amministrazione abbia fatto buon uso dei suoi poteri. Per quanto riguarda la sanzione, il Consiglio di Stato ricordava che il suo controllo era di piena giurisdizione nella misura in cui poteva verificare l'adeguatezza della sanzione all'infrazione e, se necessario, sostituire la sanzione.

19. Il Consiglio di Stato stabiliva che il controllo del giudice amministrativo era compatibile con la Costituzione.

20. Il 10 luglio 2006, la ricorrente proponeva ricorso in cassazione.

21. Con sentenza depositata il 17 marzo 2008, la Corte di Cassazione dichiarava il ricorso inammissibile. La Suprema Corte confermava la decisione del Consiglio di Stato e sosteneva che, trattandosi di decisioni dell'AGCM, il controllo esercitato dai giudici amministrativi fosse di piena giurisdizione, perché il giudice amministrativo poteva verificare la veridicità dei fatti alla base della sanzione. Tuttavia, quando l'amministrazione ha un potere discrezionale, il giudice amministrativo non ha alcun potere di sostituirsi all'autorità amministrativa indipendente, ma può controllare la logica e la coerenza del potere esercitato dall'amministrazione. Secondo la Corte di Cassazione, la questione sollevata dalla società ricorrente non concerneva la funzione giurisdizionale del giudice amministrativo, ma il suo esercizio. In questo caso, il giudice amministrativo aveva correttamente esercitato il proprio potere di valutazione dei fatti.

22. Infine, ricordando che essa aveva una competenza limitata alla legittimità, la Corte dichiarava il ricorso della società inammissibile.

II. DIRITTO E PRASSI NAZIONALI PERTINENTI IN MATERIA

23. L'autorità garante della concorrenza e del mercato è una "autorità indipendente", istituita dalla legge n. 287 del 10 ottobre 1990 (Norme per la tutela delle concorrenze e del mercato - "la legge"). In quanto autorità indipendente, ha lo statuto di ente pubblico e le sue decisioni sono adottate in base alla legge, senza possibilità di interferenza del governo. Tale autorità è competente per decidere sulle pratiche e sugli accordi che limitano la libera concorrenza e sulla pubblicità ingannevole e comparativa. Inoltre, l'AGCM è responsabile della risoluzione dei conflitti di interesse in virtù della legge n. 215 del 20 luglio 2004.

24. Legge n. 287 del 10 ottobre 1990 per la tutela della concorrenza e del mercato

Articolo 2 - Intese restrittive della libertà di concorrenza

“1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi simili.

2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.

3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto.”

Articolo 15 – Diffide e sanzioni

" 1. Se a seguito dell'istruttoria di cui all'articolo 14 l'Autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione.

2. In caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione

già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni.

2-bis. L'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario.”

Articolo 33 – Competenza giurisdizionale

"1. I ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della presente legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Essi devono essere proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio.

2. Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio. "

25. Legislazione nazionale pertinente all'epoca dei fatti¹

Tre tipi di giurisdizione sono assegnati ai tribunali amministrativi:

- a) La giurisdizione generale di legittimità;
- b) La giurisdizione speciale estesa al merito;
- c) La giurisdizione speciale esclusiva;
- d) Le autorità amministrative indipendenti (AAI).

A. La Giurisdizione generale di legittimità

La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo è di tipo generale. Il giudice amministrativo è competente per tutte le questioni relative alla legittimità di un atto amministrativo che incide su un interesse legittimo² a meno che la controversia non sia riservata alla competenza di altre giurisdizioni speciali (Corte dei conti, Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, Commissione tributaria).

Nella giurisdizione di legittimità, oggetto della controversia è il provvedimento e non il rapporto giuridico che ha dato origine alla controversia. Sotto questo punto di vista, la giurisdizione di legittimità differisce dalla giurisdizione esclusiva. Va aggiunto che il controllo del giudice amministrativo, anche se limitato alla tutela degli interessi legittimi, può essere esteso, *incidenter tantum* (con effetto limitato al caso

¹ La legge n. 134 del 2 luglio 2010 ha consentito il raggruppamento dei diversi testi esistenti in materia e regola il processo amministrativo.

² L'articolo 26 della legge del 7 luglio 1924 1054 T.U. del Consiglio di Stato e l'articolo 2 della legge 1034/1971 sui tribunali amministrativi regionali prevedono che i vizi di illegittimità sono tre: violazione di legge, incompetenza e abuso di potere. La violazione di legge è la divergenza tra l'atto amministrativo e la norma di diritto sotto il profilo della forma, procedura o contenuto dell'atto. Un atto è invece viziato d'incompetenza (a seconda della materia, del grado, del territorio o del valore) quando è stato adottato da un organo amministrativo diverso da quello previsto dalla legge. La categoria dell'abuso di potere comprende tutte le violazioni dei limiti interni al potere amministrativo.

considerato), alle questioni pregiudiziali e accessorie relative ai diritti soggettivi, la cui risoluzione è necessaria nei confronti della questione principale.

Il giudice amministrativo, nella giurisdizione di legittimità, può pronunciare sentenze di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, quando i fatti non corrispondono a quelli che l'amministrazione ha preso in considerazione per l'adozione del provvedimento. Tuttavia, il giudice non può sostituirsi all'autorità amministrativa e adottare, al suo posto, le misure richieste dal ricorrente. A tal riguardo, la giurisdizione di legittimità differisce dalla giurisdizione estesa al merito. Oltre ai casi espressamente definiti dalla legge, il giudice amministrativo non ha l'autorità di ordinare all'amministrazione di adottare determinate misure.

B. La Giurisdizione estesa al merito

La giurisdizione estesa al merito dei tribunali amministrativi costituisce un'eccezione. Essa può essere esercitata solo in materie strettamente previste dalla legge. Tali materie non possono essere estese per analogia a causa del carattere eccezionale delle norme che prevedono la giurisdizione estesa al merito. Quest'ultima consente al giudice di esaminare non solo la legittimità ma anche il merito dell'atto amministrativo in questione, interferendo in una zona solitamente sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

La competenza estesa al merito si differenzia da quella di legittimità per i poteri più ampi che sono riconosciuti al giudice amministrativo.

Ciò implica un esame più esteso dei fatti, senza le limitazioni della giurisdizione di legittimità. In particolare, è consentito al giudice di verificare in modo autonomo i fatti, per valutare la corrispondenza tra il provvedimento e le esigenze prese in considerazione dalla legge e per determinare con precisione l'esatta portata del principio di diritto stabilito dalla decisione.

Il giudice ha anche importanti poteri di indagine: oltre ad esercitare i poteri tipici della giurisdizione di legittimità, può ordinare tutte le misure istruttorie, secondo quanto stabilito dal regolamento di procedura. In generale, sono autorizzati tutti i mezzi ammissibili nel contenzioso civile, purché siano compatibili con le caratteristiche del processo amministrativo. Sono ammissibili, in particolare, la prova testimoniale, le ispezioni, le perizie e tutte le altre prove che possono portare alla scoperta della verità.

Il giudice può non solo annullare l'atto amministrativo contestato, ma anche riformarlo e sostituirlo o sostituirsi all'autorità amministrativa per l'adozione del provvedimento e, quindi, adottare nuove misure. Il giudice può anche affrontare tutte le questioni relative all'indennizzo. Inoltre, il giudice può condannare al pagamento della somma di cui l'amministrazione è responsabile.

Il settore principale della giurisdizione estesa al merito è il giudizio di ottemperanza. Il giudice amministrativo, mediante un commissario *ad acta*, si sostituisce all'amministrazione inadempiente nell'adozione delle misure necessarie per soddisfare la richiesta del ricorrente.

C. Giurisdizione esclusiva

La giurisdizione esclusiva amministrativa è stabilita dalla legge sui Tar e da altre leggi relative a materie per le quali la cognizione del giudice amministrativo non è limitata agli interessi legittimi, ma si estende anche ai diritti soggettivi.

Per quanto riguarda i poteri istruttori, il legislatore ha assegnato al giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, strumenti simili a quelli riconosciuti al giudice ordinario. L'articolo 7 della legge n. 205 del 2000 ha introdotto la possibilità di utilizzare le prove previste dal codice di procedura civile e di ricorrere anche alle perizie.

Nell'esercizio della giurisdizione esclusiva, sono previste da una parte le sentenze di annullamento, con cui il giudice elimina il provvedimento che lede la posizione giuridica del ricorrente; dall'altra parte sono contemplati altri giudizi valutativi, per risolvere i problemi relativi all'esistenza di una situazione giuridica soggettiva. In caso di annullamento di un atto amministrativo, il giudice detta all'amministrazione le linee direttive.

Nel caso in cui il giudice accolga il ricorso per motivi di merito, può modificare o sostituire l'atto. Inoltre, il giudice può emettere giudizi di condanna che costringono l'amministrazione ad adottare un comportamento particolare. L'articolo 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998 consente ora al giudice di ordinare la *restitutio in integrum*. Sebbene il potere di disapplicazione sia previsto solo per i giudici ordinari, in virtù della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, n. 154 del 1992 e 799 del 1993) il giudice amministrativo può, anche d'ufficio, impedire l'applicazione degli atti amministrativi in contrasto con norme di grado superiore, purché non costituiscano l'oggetto della contestazione.

D. Autorità amministrative indipendenti (AAI)

Non vi è alcuna disposizione di legge che conferisce in linea generale ai tribunali amministrativi una giurisdizione esclusiva sui provvedimenti delle autorità indipendenti; al contrario, sono le varie leggi che concernono le dette autorità ad assegnare al giudice amministrativo la competenza nel contenzioso che le coinvolge. Tali autorità, infatti, godono di una particolare posizione di indipendenza.

Il controllo del giudice amministrativo è limitato ad una valutazione tecnica degli atti di autorità (potere discrezionale tecnico).

La giurisprudenza è consolidata circa la portata del potere del giudice nei confronti delle autorità indipendenti: il controllo giudiziario copre, senza limitazione, l'intero esercizio del potere delle autorità amministrative indipendenti (Consiglio di Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 515).

Per quanto riguarda le sanzioni dell'AGCM per le pratiche restrittive della concorrenza, la competenza del giudice amministrativo è estesa al merito ai sensi dell'articolo 23 della legge n. 689 del 1981, applicabile in base all'articolo 31 della legge n. 287 del 1990. Pertanto, il giudice può annullare l'atto amministrativo e modificarlo in relazione alla sanzione.

IN DIRITTO

I. SULLA PRESUNTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 6 § 1 DELLA CONVENZIONE

26. La società ricorrente lamenta di non avere avuto accesso al giudice ai sensi dell'articolo 6 § 1 della Convenzione che, nella parte rilevante, così recita:

"Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente (...) da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà (...) nel merito su ogni accusa penale nei suoi confronti (...). "

27. Il governo contesta questa tesi.

A. Sull'ammissibilità

1. Argomenti delle parti

28. Il governo solleva immediatamente un'eccezione basata sulla incompatibilità ratione materiae del ricorso con la Convenzione. **Egli sostiene che l'aspetto penale dell'articolo 6 § 1 della Convenzione non entra in gioco nel caso di specie.**

29. Per quanto riguarda i primi tre criteri della giurisprudenza *Engel e altri c. Paesi Bassi* (8 giugno 1976, serie A n. 22), **il governo sostiene innanzitutto che le decisioni dell'AGCM a livello nazionale sono considerate "sanzioni amministrative" e non "sanzioni penali"**. Inoltre, le condotte anticoncorrenziali sono sanzionate non sulla base del diritto penale, ma sulla base della legge n. 287 del 10 ottobre 1990 di tutela della concorrenza e del mercato.

30. Circa il secondo criterio, il governo osserva che lo scopo dalla legge n. 287 del 10 Ottobre 1990 è di preservare la libera concorrenza sul mercato. Ricorda che tale legge non si applica alle società che gestiscono servizi di interesse economico generale o che esercitano un'attività in regime di monopolio. Detta legge non pregiudica gli interessi generali della società, normalmente contemplati dalla normativa penale. Inoltre, il governo ricorda che le norme procedurali previste dalla suddetta legge sono diverse dalle leggi penali.

31. Quanto al terzo criterio, sulla natura e sul grado della "pena", il governo sostiene che lo scopo principale della sanzione è quello di impedire la prosecuzione di una particolare attività in violazione della concorrenza e che la sua applicazione è solo eventuale. Per queste ragioni, sostiene che l'effetto deterrente della sanzione coesiste con l'effetto riparatore. Per quanto riguarda la severità della sanzione, il governo ritiene che debba essere proporzionale al peso economico della società ricorrente, una società multinazionale con una grande potenzialità finanziaria.

32. Secondo il governo, il caso *Société Stenuit c. Francia* (Relazione della Commissione del 30 maggio 1991, serie A n. 232 A) non è riferibile al caso di specie. Ricorda che in diversi casi contro la Russia (*OOO Neste San Pietroburgo*, *ZAO Kirishiavtoservice*, *OOO Nevskaya Toplivnaya*, *ZAO Transservice*, *Faeton OOO*, *OOO PTK Servizio c. Russia*, n. 69042/01, 69050/01, 69054/01, 69055/01, 69056/01,

69058/01, decisione del 3 giugno 2004) la Corte ha ritenuto che l'articolo 6 non fosse applicabile.

33. La società ricorrente contesta gli argomenti del governo, ritenendo che la decisione dell'AGCM sia equivalente a una sentenza penale di condanna.

34. In primo luogo, la società ricorrente osserva che, per quanto riguarda la natura della sanzione, le indicazioni previste dalla legge hanno un valore relativo. Infatti, l'obiettivo della decisione impugnata è quello di mantenere la libera concorrenza nel mercato italiano. Il fatto che l'AGCM, intervenendo nel caso di specie, abbia disciplinato il mercato su un prodotto specifico fornito da alcune società farmaceutiche non può ridurre la portata della legge n. 287 del 1990. Con l'istituzione dell'AGCM, avente statuto di autorità amministrativa indipendente, il legislatore ha inteso assicurare il controllo sulle intese restrittive della concorrenza e sugli abusi di posizione dominante.

35. Secondo la società ricorrente, nel sistema economico italiano basato sulla libertà del commercio e dell'industria, l'AGCM riveste una funzione fondamentale in quanto garantisce la creazione di un regime di concorrenza credibile per le aziende. Infatti, i mercati possono contribuire all'efficienza economica solo se la legge garantisce agli operatori la libertà di fissare i prezzi, il libero accesso al mercato, ma anche l'assenza di abusi di posizione dominante da parte di chi la detiene. L'AGCM è responsabile di far rispettare questo equilibrio. La legge n. 287 del 1990 incide così sugli interessi generali della società, normalmente protetti dalla legge penale (cfr., *mutatis mutandis*, *Stenuit c. Francia*, § 64).

36. Per quanto riguarda la gravità della sanzione, la ricorrente osserva che la sanzione è pari a 6.000.000 di euro, una somma eccessiva per le sue capacità. Inoltre, è stata costretta a pagare qualche mese dopo la decisione. Come affermato dalla stessa AGCM, questa misura doveva rappresentare un deterrente per qualsiasi società farmaceutica. La società ricorrente contesta la tesi del governo italiano secondo cui la sanzione inflitta dall'AGCM sarebbe solo eventuale. I fatti litigiosi dimostrano che l'AGCM ha caratterizzato la sanzione prevedendo una somma notevole e le ha assegnato un carattere prevalentemente punitivo. A sostegno della sua tesi, la ricorrente osserva che la natura punitiva di questo tipo di sanzione si riflette anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (v., tra gli altri, i casi di *Lottomatica SpA e a.*, sentenza n. 6469 / 07, *SOGEC LLP e altri*, causa n. 695/08 e *Cinema Orchidea srl*, causa n. 697/08.). In questi casi, il giudice amministrativo ha osservato che la sanzione "antitrust" è "tipicamente punitiva". Nel caso *RIVOIRA SpA e a.* n. 1006/08, il Consiglio di Stato ha ribadito l'esigenza che la sanzione abbia "un'adeguata efficacia deterrente". Nella sentenza n. 5050 del 5 marzo 2010, la Corte di Cassazione ha sottolineato l'aspetto punitivo delle sanzioni "antitrust". Infine, l'AGCM, nella sua relazione annuale del 30 aprile 2008, ha ribadito il carattere deterrente della sanzione.

37. In conclusione, la decisione dell'AGCM di imporre alla società una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro è da considerare, seconda la ricorrente, ai sensi della Convenzione, alla stessa stregua di una sentenza penale di condanna (v., *mutatis mutandis*, *Stenuit c. Francia*, § 65).

2. La valutazione della Corte

38. La Corte ricorda la sua giurisprudenza consolidata secondo cui è necessario, per determinare se esista o meno un'"accusa penale", tenere conto di tre criteri: la qualificazione giuridica del provvedimento contestato secondo il diritto nazionale, la natura dello stesso, e la natura e la gravità della "sanzione" (*Engel, supra*). Questi criteri sono alternativi e non cumulativi: affinché l'articolo 6 § 1 trovi applicazione, è sufficiente che l'infrazione in causa sia di natura penale ai sensi della Convenzione, o abbia esposto la persona interessata ad una sanzione che, per la sua natura e gravità, ricada generalmente nella "materia penale". Ciò non preclude l'adozione di un approccio cumulativo se l'analisi separata di ciascun criterio non porta a una conclusione chiara sull'esistenza di un' "accusa penale" (*Jussila c. Finlandia* [GC], n. 73053/01, § § 30 e 31, CEDU 2006-XIII, e *Zaicevs contro la Lettonia*, no 65022/01, § 31, CEDU 2007-IX (estratti)).

39. La Corte osserva che innanzitutto le pratiche anticoncorrenziali contestate nel caso di specie alla società ricorrente non costituiscono reato secondo il diritto italiano. Le condotte anti-concorrenziali sono infatti sanzionate non sulla base del diritto penale, ma sulla base della legge n. 287 del 10 ottobre 1990 (norme di tutela della concorrenza e del mercato). Ciò, tuttavia, non è decisivo per l'applicabilità dell'articolo 6 della Convenzione, poiché le indicazioni fornite dal diritto interno hanno solo un valore relativo (*Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 52, serie n. 73).

40. Per quanto riguarda la natura dell'infrazione sembra che le disposizioni, la cui violazione è stata contestata alla società ricorrente, mirassero a tutelare la libera concorrenza del mercato. La Corte ricorda che l'AGCM, autorità amministrativa indipendente, ha come obiettivo controllare gli accordi restrittivi della concorrenza e gli abusi di posizione dominante. Pertanto essa insiste sugli interessi generali della società, normalmente protetti dalla legge penale (*Stenuit c. Francia*, § 62). Inoltre, va rilevato che la sanzione inflitta mirava per lo più a punire onde evitare il ripetersi dei comportamenti incriminati. Possiamo quindi concludere che la sanzione fosse basata su norme perseguenti un obiettivo sia preventivo che repressivo (*mutatis mutandis, Jussila*, § 38).

41. Per quanto riguarda la natura e la gravità della sanzione "che può essere inflitta" alla ricorrente (*Ezeh e Connors c. Regno Unito* [GC], n. 39665/98 e 40086/98, § 120, CEDU 2003-X), la Corte constata che essa non poteva essere sostituita con una pena detentiva per il mancato pagamento (a contrario, *Anghel c. Romania*, n. 28183/03, § 52, 4 ottobre 2007). Tuttavia, sottolinea che l'AGCM ha applicato nel caso di specie una sanzione di sei milioni di euro, con finalità repressiva, in quanto perseguiva lo scopo di punire un'irregolarità, e preventiva, al fine di dissuadere la società interessata dal reiterare la condotta. Inoltre, la Corte rileva che la natura punitiva di tali infrazioni si riflette anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato italiano.

42. Alla luce di quanto precede e dato l'elevato montante inflitto, la Corte ritiene che la sanzione sia, per la sua severità, di natura penale (*Öztürk* citata, § 54, e, viceversa, *Innocenzo c. Portogallo* (dec.), n. 43862/98, CEDU 2001 I).

43. Inoltre, la Corte ricorda che, a proposito di alcune autorità amministrative francesi competenti in diritto economico e finanziario e aventi poteri sanzionatori, essa ha dichiarato che l'articolo 6 nel suo aspetto penale si applicava alle decisioni del Consiglio della concorrenza (*Lilly c. Francia* (dec.), n. 53892/00, 3 dicembre 2002), del Consiglio dei Mercati Finanziari (*Didier c. Francia* (dec.), n. 58188/00, 27 agosto 2002) e della Commissione bancaria (*Dubus SA c. Francia*, N. 5242/04, § 36, 11 giugno 2009).

44. Tenuto conto dei vari aspetti del caso, la Corte ritiene che la sanzione inflitta alla ricorrente sia di natura penale e che l'articolo 6 § 1 sia applicabile nel suo aspetto penale. Di conseguenza, la Corte respinge l'eccezione sollevata dal governo in merito alla inapplicabilità *ratione materiae* dell'articolo 6 della Convenzione.

45. La Corte ritiene che il ricorso non sia manifestamente infondato ai sensi dell'articolo 35 § 3 della Convenzione. Fa notare anche che esso non contrasta con alcun motivo di inammissibilità. Il ricorso è pertanto ammissibile.

B. Nel merito

1. Argomenti delle parti

46. Il governo rileva innanzitutto che i giudici amministrativi nazionali esercitano la loro giurisdizione in termini di legittimità e la portata del loro controllo è indicata nella sentenza del Consiglio di Stato depositata in cancelleria il 16 marzo 2006. Nel caso di specie il giudice amministrativo godeva di una giurisdizione esclusiva, che gli ha permesso di conoscere tutta la controversia senza distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

47. Il governo sostiene che i giudici nazionali hanno esperito un esame approfondito nel merito. Il fatto che il controllo del giudice amministrativo sia qualificato come controllo di "legittimità" non significa che si limiti all'aspetto formale della controversia. Ricorda che il TAR limita il suo controllo alla ragionevolezza della decisione e alla coerenza tecnica senza sostituire la sua valutazione a quella dell'amministrazione. Il giudice amministrativo può riesaminare l'adeguatezza e la proporzionalità delle scelte operate dalla pubblica amministrazione.

48. Il governo sottolinea anche che il Consiglio di Stato ha respinto gli argomenti della società ricorrente, poiché il controllo giurisdizionale sulla sanzione inflitta è "pieno e particolarmente penetrante". In particolare, il giudice amministrativo può annullare le valutazioni tecniche non ragionevoli, logiche e coerenti e può annullare il provvedimento amministrativo in questione. In questo caso, i giudici amministrativi avevano il potere di annullare le ingerenze dell'AGCM e il controllo esercitato sulla sanzione pecuniaria poteva, se del caso, portare ad una riduzione dei suoi effetti.

49. Il governo richiama la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che riconosce che, per quanto riguarda le valutazioni tecniche dell'AGCM, il giudice amministrativo deve basarsi su regole e conoscenze tecniche cui l'amministrazione ha fatto ricorso. Inoltre, il controllo del giudice può anche riguardare l'analisi effettuata dall'AGCM e quindi portare a una rivalutazione delle sue scelte tecniche.

50. Per queste ragioni, il governo chiede alla Corte di respingere il ricorso.

51. La società ricorrente ritiene che in questo caso i giudici amministrativi abbiano effettuato solo un controllo di legittimità e che questo tipo di controllo non le consenta di presentare le sue contestazioni davanti ad un "giudice" che soddisfi i requisiti di cui all'articolo 6 § 1 della Convenzione. Ricorda che, nel caso di una misura proveniente da un organo non giurisdizionale, come l'AGCM, la Corte richiede che la decisione sia soggetta ad un controllo ulteriore da parte di un giudice avente giurisdizione estesa al merito che soddisfi le garanzie di cui all'articolo 6 della Convenzione (v., tra gli altri, *Öztürk c. Germania*, § 56). Tuttavia, in questo caso, il controllo del giudice amministrativo si è limitato a verificare che l'AGCM abbia usato il suo potere discrezionale in maniera coerente alla legge n. 287 del 1990 (cfr., *mutatis mutandis, Obermeier c. Austria*, 28 giugno 1990, § 70, serie A n. 179).

52. La società ricorrente sottolinea che il controllo giurisdizionale del Tar è "debole" e che vi è stata "certamente una perdita di efficacia della difesa, dal momento che è vietato al giudice di procedere ad un controllo intrinseco". Inoltre, fa notare che secondo il TAR il giudice non può sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'AGCM, può applicare solo le norme individuate dall'AGCM e non può modificare le caratteristiche dell'indagine né, di conseguenza, la decisione.

53. Secondo la società ricorrente la Corte di Cassazione ha ritenuto che, quando l'amministrazione dispone di un potere discrezionale, il giudice amministrativo non abbia alcun potere di sostituirsi all'autorità amministrativa indipendente, ma possa solo verificare la logicità e la coerenza del potere esercitato dall'amministrazione. Secondo la Corte di Cassazione, la questione sollevata dalla società ricorrente non concerneva la funzione giurisdizionale del giudice amministrativo, ma il suo esercizio.

54. Il fatto che i giudici amministrativi abbiano limitato il controllo alla legittimità dell'atto non permette loro di esaminare il merito della decisione adottata dall'AGCM.

55. Su questo punto, la società ricorrente osserva che il contenuto delle norme che definiscono l'infrazione non è determinato dal legislatore ("norma penale in bianco") e che l'AGCM ha il potere di determinarne il contenuto al momento della valutazione del caso. Ora, un semplice controllo di legittimità, chiamato anche controllo "debole", da parte del giudice ha come conseguenza una notevole riduzione delle garanzie, e non può fornire una protezione adeguata contro l'arbitrario.

56. In conclusione, la società ricorrente è convinta di non aver mai beneficiato di un sindacato da parte di un giudice dotato di piena giurisdizione, che avrebbe giudicato nel merito l'accusa penale diretta nei suoi confronti (vedere, *mutatis mutandis, Colozza c. Italia*, 12 febbraio 1985, § 32, serie A n. 89, e *Stenuit c. Francia*, § 72).

2. La valutazione della Corte

57. La Corte osserva che i motivi di gravame della società ricorrente riguardano il diritto di accesso ad un giudice avente piena giurisdizione e il controllo

giurisdizionale, presumibilmente incompleto, della decisione amministrativa dall'AGCM.

58. In questo caso, la sanzione contestata non è stata inflitta da un giudice dopo un procedimento nel contraddittorio delle parti, ma dall'AGCM. Se conferire alle autorità amministrative il compito di perseguire e punire le contravvenzioni non è incompatibile con la Convenzione, va sottolineato, tuttavia, che il soggetto interessato deve essere in grado di impugnare ogni decisione adottata nei suoi confronti davanti ad un giudice che offra le garanzie di cui all'articolo 6 (*Kadubec c. Slovacchia*, 2 settembre 1998, § 57, *Raccolta delle sentenze e decisioni 1998-VI*, e *Canady c. Slovacchia*, non 53371/99, § 31, 16 novembre 2004).

59. La conformità con l'articolo 6 della Convenzione non esclude che in un procedimento di natura amministrativa, una "pena" sia inflitta da un'autorità amministrativa. Si presuppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 6 § 1 debba subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena (*Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, e Palaoro Pfarrmeier c. Austria*, sentenza del 23 ottobre 1995, la nostra serie A, 328 AC e 329 AC, § § 34, 37, 42 e 39, 41 e 38). Tra le caratteristiche di un organo giudiziario avente piena giurisdizione vi è il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione, resa da un organo di grado inferiore. Detto giudice deve essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui è adito (*Chevol c. Francia*, no 49636/99, § 77, CEDU 2003-III, e *Silvestro Horeca Service c. Belgio*, n. 47650/99, § 27, 4 marzo 2004).

60. Nel caso di specie, la società ricorrente ha potuto impugnare la sanzione amministrativa dinanzi al TAR di Roma, e presentare appello dinanzi al Consiglio di Stato. Secondo la giurisprudenza della Corte, tali organi soddisfano i requisiti d'indipendenza e d'imparzialità del "giudice" di cui all'articolo 6 della Convenzione (*Predil Anstalt SA c. Italia* (dec.), no 31993/96, 8 giugno 1999).

61. La Corte ricorda, innanzitutto, che il concetto di "giudice" ai sensi dell'articolo 6 § 1 viene conferito ad un organo avente piena giurisdizione e che soddisfa una serie di requisiti quali l'indipendenza rispetto al potere esecutivo e alle parti interessate (v., tra le altre, le sentenze *Ringeisen c. Austria*, 16 luglio 1971, § 95, serie A n. 13, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, 23 giugno 1981, § 55, serie A n. 43; *Belilos c. Svizzera*, 29 aprile 1988, § 64, serie A n. 132, e soprattutto la sentenza *Beaumartin c. Francia*, 24 novembre 1994, § 38 e 39, serie A no 296 B).

62. D'altronde, la Corte ricorda che la natura di un procedimento amministrativo può variare, sotto diversi aspetti, la natura del procedimento penale nel senso stretto della parola. Se queste differenze non possono esonerare gli Stati contraenti dal loro obbligo di rispettare tutte le garanzie offerte dall'articolo 6, possono tuttavia influenzare le modalità della loro applicazione (*Valico Srl c. Italia* (dec.), n. 70074 / 01, CEDU 2006 III).

63. La Corte rileva che, nel caso di specie, i giudici amministrativi hanno affrontato le varie questioni di fatto e di diritto della società ricorrente. Hanno poi esaminato gli elementi di prova raccolti dall'AGCM. Inoltre, il Consiglio di Stato ha ricordato che,

quando l'amministrazione dispone di un potere discrezionale, anche se il giudice amministrativo non ha alcun potere di sostituirsi all'autorità amministrativa indipendente, può tuttavia controllare se l'amministrazione ha fatto un uso appropriato dei suoi poteri.

64. Pertanto, la Corte rileva che la competenza del giudice amministrativo non si è limitata ad un semplice controllo di legittimità. I giudici amministrativi hanno potuto verificare se, in relazione alle particolari circostanze del caso, l'AGCM aveva fatto un uso appropriato dei suoi poteri. Hanno potuto esaminare l'adeguatezza e la proporzionalità della misura dell'AGCM e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico

65. Inoltre, il controllo effettuato sulla sanzione è stato di piena giurisdizione nella misura in cui il TAR e il Consiglio di Stato hanno potuto verificare l'adeguatezza della pena all'infrazione commessa e, ove necessario, avrebbero potuto sostituirla (v., a contrario, *Silvestro Horeca Service c. Belgio*, n. 47650/99, § 28, 4 marzo 2004).

66. In particolare, il Consiglio di Stato, andando al di là di un controllo "esterno" sulla coerenza logica della motivazione dell'AGCM, ha eseguito un'analisi dettagliata dell'adeguatezza della sanzione in relazione a parametri rilevanti, come la proporzionalità della sanzione stessa.

67. La decisione dell'AGCM è stata sottoposta a un controllo a posteriori da parte di un giudice avente giurisdizione estesa al merito, pertanto nessuna violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione può essere rilevata nel caso di specie.

PER QUESTI MOTIVI LA CORTE

1. Dichiara all'unanimità il ricorso ammissibile;
2. Dichiara, per sei voti contro uno, che non vi è stata alcuna violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione;

Redatta in francese, poi comunicata per iscritto il 27 settembre 2011, in applicazione dell'articolo 77 § § 2 e 3 del regolamento.

Stanley Naismith
Il Cancelliere

Françoise Tulkens
Il Presidente

In conformità all'articolo 45 § 2 della Convenzione e all'articolo 74 § 2 del Regolamento della Corte, sono allegati al presente giudizio le seguenti opinioni:

- Opinione concordante del giudice Sajó;
- Opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque.

F.T.
S.H.N.

OPINIONE CONCORDANTE DEL GIUDICE SAJÓ

(Traduzione)

Come la maggioranza dei miei colleghi, ho concluso che nel caso di specie non vi è stata violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione. **Tuttavia, sembra necessario sottolineare che, nel valutare la natura del controllo giurisdizionale sulle decisioni amministrative adottate dalle autorità indipendenti, è importante seguire le considerazioni svolte dal giudice Pinto de Albuquerque nell'opinione dissenziente. Il motivo per cui non sono riuscito a concordare con lui è puramente fattuale.** È vero che la legge attualmente in vigore e alcune sentenze interpretative italiane non hanno incoraggiato i giudici ad esercitare un reale controllo giudiziario. Apparentemente, questo contesto giuridico ha permesso solo un'analisi formale (un controllo di legittimità o un "controllo giurisdizionale debole"). Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha eseguito *de facto* un'analisi nel merito che ha risposto ai requisiti di cui all'articolo 6. Inoltre, il Consiglio di Stato aveva il potere di annullare la decisione amministrativa che ha inflitto la sanzione penale. Certo, effettuando un controllo nel merito, ha utilizzato una terminologia che induce a pensare ad un controllo giurisdizionale debole, ma il Consiglio di Stato sembra non aver agito come ci si aspettava che facesse. Ai sensi dell'articolo 6, quello che conta è che i diritti sanciti dalla Convenzione siano stati effettivamente protetti, e non la terminologia imposta dalla legislazione "interpretata" dal Consiglio di Stato.

OPINIONE DISSENZIENTE DEL GIUDICE PINTO DE ALBUQUERQUE

1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – l' "AGCM" ha condannato la società ricorrente ad una sanzione amministrativa pecuniaria di 6 milioni per pratiche anticoncorrenziali nel mercato dei test diagnostici per il diabete. La base della condanna era la legge n. 287 del 10 ottobre 1990 di tutela della concorrenza e del mercato. I giudici amministrativi successivamente aditi, segnatamente il Tribunale amministrativo del Lazio ("Tar"), il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione hanno respinto il ricorso della società.

2. Condivido l'opinione della maggioranza secondo cui l'articolo 6 della Convenzione è applicabile al caso di specie. È opinione consolidata che tale "sanzione amministrativa pecuniaria" sia prevista, secondo il diritto italiano, dal diritto amministrativo ed si distingue chiaramente dalle sanzioni penali (quanto alla natura e all'entità delle sanzioni amministrative a seguito del processo di depenalizzazione nel diritto italiano e alla cosiddetta "teoria formale" di distinzione tra sanzioni penali ed amministrative, si veda, tra gli altri, Giorgio Colla e Gianfranco Manzo, *Le sanzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2001 pp 79-107, Casetta, *Illecito amministrativo*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Volume VIII, Torino, UTET, 1993, pp 89-90, e Aldo Travi, *Sanzioni amministrative e Pubblica Amministrazione*, Padova, CEDAM, 1983, pp 11-87). Tuttavia, l'applicabilità dell'articolo 6 della Convenzione, nel suo aspetto penale, ai procedimenti amministrativi e giudiziari in questione è evidente, data la natura repressiva e preventiva della sanzione amministrativa pecuniaria. La sanzione presentava una natura repressiva in quanto mirava a punire un comportamento contrario alla legge. Dall'altro lato, aveva anche un carattere preventivo, perché lo scopo era quello di scoraggiare la società interessata dal reiterare in futuro la condotta censurata. Inoltre, l'ampiezza dei quantum fissati dalla legge nonché la gravità del montante effettivamente inflitto concorrono alla conclusione già enunciata circa l'applicabilità dell'articolo 6.

3. Mi dissocio dalla maggioranza circa la conclusione che non vi sia stata alcuna violazione di tale articolo. A mio parere, i giudici amministrativi italiani non hanno esercitato, nel caso di specie, un vero potere di controllo di "piena giurisdizione" sulla decisioni di condanna adottata dall'AGCM.

4. I giudici nazionali hanno definito esattamente e ripetutamente l'estensione delle loro competenze di controllo nei confronti della decisione della AGCM. Secondo la loro interpretazione della legge italiana applicabile prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura amministrativa, i giudici di diritto amministrativo non possono "esercitare un potere sostitutivo che va a fino al punto di rimpiazzare con la propria valutazione tecnica dei fatti quella dell'autorità amministrativa". Ciò significa che il nucleo del giudizio è sottratto alla giurisdizione dei tribunali italiani amministrativi. La decisione che stabilisce la responsabilità in realtà appartiene alle autorità amministrative indipendenti e non ai tribunali amministrativi.

5. Alla base di questa interpretazione del diritto nazionale vi è la sentenza del Consiglio di Stato n. 2199/2002 del 23 aprile 2002, che armonizza e consolida un

orientamento già enunciato nelle sentenze precedenti n. 699 del 9 aprile 1999 , n. 1348 del 14 marzo 2000, n. 1671 del 20 marzo 2001, n. 4118 del 26 luglio 2001, n. 5287 del 6 ottobre 2001 e n. 5733 dell'8 novembre 2001. Secondo la giurisprudenza precedente definita nelle sentenze 1348, 1671, 4118 e 5733, il giudice amministrativo poteva solo valutare i vizi tradizionali di incompetenza, violazione della legge e abuso di potere commessi dalle autorità amministrative indipendenti, senza disporre di alcun potere di controllo sulle valutazioni di merito fatte dall'amministrazione. Inoltre, la sentenza n. 699 aveva già riconosciuto l'estensione della competenza del giudice amministrativo al potere discrezionale dell'amministrazione, in particolare su valutazioni tecniche discutibili. La sentenza n. 5287 aveva infine introdotto la famosa distinzione tra controllo "forte", che si traduce in una sostituzione del giudice amministrativo alla valutazione tecnica da parte dell'amministrazione, e controllo "debole", limitato ad un valutazione di buon senso e di coerenza tecnica del provvedimento amministrativo.

Riassumendo la giurisprudenza precedente, la sentenza n. 2119/2002 definisce chiaramente i limiti della giurisdizione del giudice amministrativo riguardo alle decisioni dell'AGCM. Il Consiglio di Stato ha descritto la procedura decisionale seguita dall'AGCM, riconoscendo l'esistenza di quattro fasi distinte: 1) la "valutazione dei fatti" 2) la "contestualizzazione" della norma a tutela della concorrenza, che, riferendosi a "concetti giuridici indeterminati" (come il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza) necessita di un'esatta identificazione degli elementi dell'infrazione contestata, 3) la comparazione dei fatti con il parametro già contestualizzato, e 4) l'applicazione delle sanzioni. Secondo il Consiglio di Stato, il giudice amministrativo ha pieni poteri di controllo sulla prima e seconda fase della procedura amministrativa decisionale, ma ha un potere molto limitato nelle altre fasi, in cui la discrezionalità dell'amministrazione entra in gioco. Così, il potere di controllo del giudice include la verità dei fatti, il che presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'AGCM e della difesa. Può anche valutare la proporzionalità delle sanzioni inflitte. Tuttavia, non può che effettuare un controllo "debole" sulle altre fasi della procedura decisionale amministrativa, dato che l'AGCM esercita "almeno in parte, un'attività discrezionale tecnica" e che "le valutazioni tecniche dell'AGCM non si basano su regole scientifiche, precise e indiscutibili, ma sono il risultato di scienze inesatte e discutibili (soprattutto di carattere economico) cui corrispondono concetti giuridici indeterminati".

Tale orientamento del Consiglio di Stato è stato confermato dalle sezioni unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 8882 del 29 aprile 2005, che ha consolidato la giurisprudenza secondo la quale "i limiti individuati dal giudice amministrativo si riferiscono alla possibilità (esclusiva) di esercitare un controllo cosiddetto "forte" sulle valutazioni tecniche, vale a dire la possibilità del giudice di esercitare un potere di sostituzione della propria valutazione tecnica a quella dell'amministrazione".

La Corte di Cassazione non ha lasciato dubbi sulla sua posizione di principio in materia di sanzioni amministrative applicate dall'AGCM: "si ripete il principio che questa Corte ha già sostenuto, e cioè che la giurisdizione del giudice amministrativo,

per quanto esclusiva, resta di legittimità e non incide sul merito (...) Pertanto, il Consiglio di Stato ha correttamente concluso che le procedure dell'AGCM erano sindacabili quanto alla legittimità ma non al merito. "

6. Questa interpretazione “debole” del controllo giurisdizionale è stata seguita dal TAR nella sentenza del 3 dicembre 2003, dal Consiglio di Stato nella sentenza del 16 marzo 2006, e infine dalla Corte di Cassazione nella sentenza del 17 marzo 2008.

Prendendo in prestito le parole del Consiglio di Stato, il Tar ha rilevato che il controllo sulle decisioni dell'AGCM concerneva esclusivamente i vizi di legittimità. Nella sentenza, il TAR ha affermato che quando "un abuso di potere viene constatato, il giudice amministrativo può solo verificare che la decisione impugnata sia logica, congrua, ragionevole, correttamente motivata e istruita, ma non può sostituire la propria valutazione sul merito a quelle sviluppate dalla AGCM, che è la sola a poter condurre tali valutazioni. In conformità con i principi che disciplinano la giurisdizione generale di legittimità, questa affermazione assume un rilievo specifico rispetto ai limiti esistenti al momento della verifica dei fatti che sono alla base della decisione impugnata". Il Tar ha sottolineato che il suo controllo era pieno quanto alla valutazione dei fatti verificati e all'applicazione della sanzione. Tuttavia, per quanto riguarda la qualificazione giuridica dei fatti effettuata dall'AGCM, l'esame del TAR è stato limitato esclusivamente alla legittimità della condanna. In particolare, il TAR ha affermato che, nella seconda e terza fase del procedimento logico seguito dall'Autorità, il "controllo giurisdizionale è debole perché il giudice è obbligato semplicemente a fare controlli sul buon senso e sulla coerenza tecnica della decisione, senza far prevalere la sua valutazione tecnica su quella dell'AGCM". In questo contesto, il TAR ha ammesso che vi è stata “certamente una perdita in termini di efficacia della difesa, dal momento che è vietato al giudice effettuare un controllo intrinseco”. Inoltre, il TAR ha affermato che "il giudice non può sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'AGCM (ad esempio sulla determinazione del mercato); allo stesso modo, il giudice può applicare esclusivamente le norme individuate dall'AGCM e non può sostituirle con altre né modificare le caratteristiche dell'inchiesta, quindi, neanche la decisione. Pertanto, può verificarne solo la legittimità” (pp. 14-18 della sentenza del 3 dicembre 2003).

Nella sentenza del 16 marzo 2006, il Consiglio di Stato ha ricordato ancora una volta la sua convinzione che "il controllo del giudice amministrativo (...) non può comportare un sostituzione della valutazione tecnica del giudice o del suo ragionamento giuridico per l'attuazione del concetto indeterminato a quelli effettuati dall'Autorità” (pag. 19 della sentenza del 16 marzo 2006).

La Corte di Cassazione italiana ha confermato questo ragionamento, affermando che “non è consentito al Consiglio di Stato un controllo cosiddetto “forte” sulle valutazioni tecniche, ossia l'esercizio da parte del giudice di un potere sostitutivo nei confronti dell'Amministrazione” (pag. 22 della sentenza del 17 marzo 2008).

7. Il giudice amministrativo non ha sostenuto i principi sopra esposti in astratto. Li ha applicati *in concreto*. Nel caso di specie, i giudici amministrativi hanno agito in linea con il sindacato giurisdizionale “debole”, secondo cui al giudice non è consentito effettuare un controllo indipendente ed esteso sulla decisione amministrativa. Il Tar

ha riassunto i principi di questa giurisprudenza in modo chiaro e li ha applicati in maniera rigorosa (v. pagine 14-17 della suddetta sentenza del 3 dicembre 2003). Dopo aver affermato i principi della sua giurisprudenza, il Consiglio di Stato ha sostenuto *in concreto* tale limite gnoseologico del proprio potere, dicendo che "vigila a che i ricorsi presentati dalle parti non siano suscettibili di invertire la conclusioni dell'Autorità, da scrutinare nell'alveo del sindacato non sostitutivo del merito delle valutazioni tecniche di cui si è detto al precedente par. 4, (vedi pagina 31 della sentenza del 16 marzo 2006). In un altro passaggio sulla questione giuridica circa l'esistenza di una linea di demarcazione tra distribuzione diretta e indiretta, il Consiglio di Stato si dimette deliberatamente dai suoi poteri riconoscendo che "la presunta segmentazione tra la distribuzione diretta e indiretta non è in fin dei conti poco convincente, sempre alla luce del descritto ambito riservato al sindacato giurisdizionale (vedi pagina 34 della Sentenza del 16 marzo 2006).

Ripetendo la motivazione della condanna amministrativa, spesso con le stesse espressioni e frasi, i giudici amministrativi hanno dato un beneplacito formale e hanno realizzato un controllo "interno" che non costituisce una garanzia reale e pratica per i soggetti già condannati. Una lettura attenta dei motivi della decisione rivela che la sentenza del TAR contiene più di 60 citazioni e riferimenti ai paragrafi della decisione dell'AGCM, e quella del Consiglio di Stato più di 40 citazioni e riferimenti al suddetto testo. Gli organi giurisdizionali non fanno che ripetere l'uno dopo l'altro gli argomenti già sostenuti dall'AGCM, rinviando con notevole enfasi ai paragrafi della decisione amministrativa. La presunta analisi degli argomenti del ricorso della società è stata semplicemente un'adesione formale da parte dei giudici alla valutazione tecnica "indiscutibile" e incontestabile dell'AGCM. In definitiva, non vi è stata alcuna valutazione indipendente, concreta e dettagliata di illegittimità e responsabilità del comportamento della ricorrente.

In conclusione, il controllo del giudice amministrativo è stata solo formale, perché non ha analizzato il nucleo della motivazione della decisione amministrativa di condanna, vale a dire la valutazione tecnica dei fatti contestati alla ricorrente. La ricorrente è stata privata di un'analisi autonoma dei motivi del suo ricorso.

8. Per la Corte, non è necessario che l'organo o la persona che ha inflitto una sentenza rispetti appieno i requisiti di cui all'articolo 6, se la sanzione può essere soggetta a un controllo a posteriori da parte di un giudice che abbia le garanzie del presente articolo e eserciti una "piena giurisdizione" sul caso (si veda la sentenza-chiave *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 56, serie A n. 73, che ha esaminato per la prima volta le violazioni amministrative, Ordnungswidrigkeiten codice tedesco della strada, ed è stata confermata dalle sentenze *Schmautzer c. Austria*, 23 ottobre 1995, § 34, serie A n. 328 A, *Umlauf c. Austria*, 23 ottobre 1995, § 37, serie A n. 328 B, *Gradinger c. Austria*, 23 ottobre 1995, § 42, serie A n. 328 C, *Pramstaller c. Austria*, 23 ottobre 1995, § 39, serie A n. 329 A, *Palaoro c. Austria*, 23 ottobre 1995, § 41; serie A n. 329 B, e *Pfarrmeier c. Austria*, 23 ottobre 1995, § 38, serie A n. 329 C, che si è concentrata sugli illeciti amministrativi, ai sensi del *Verwaltungsübertretungen* codice austriaco della strada e, nel caso *Pramstaller*, diritto austriaco delle costruzioni civili; lascio da parte la questione spinosa se la

nozione di "piena giurisdizione" nel diritto non penale debba essere soggetta ad un trattamento giuridico differente, o perfino meno esigente, rispetto a quello previsto nella materia penale; su questo problema, vedere gli argomenti di F. Sudre, nota in Cass.com., 29 aprile 1997, Ferreira c / DGI, JCP, 1997, ed. G, II, 22935).

La nozione di "piena giurisdizione" in materia penale ha una portata ampia e illimitata in quanto comprende non solo il controllo del quid delle sanzioni amministrative (le sanzioni inflitte erano previste dalla legge?) e del quantum delle sanzioni amministrative (le sanzioni erano proporzionate alla gravità dei fatti?), ma anche della realtà dell'illecito amministrativo (le persone hanno, per atti od omissioni, commesso con colpevolezza un illecito punito dalla legge?). La giurisdizione estesa al merito richiede che il giudice vada al di là del semplice controllo degli errori manifesti (o "illogici", "incoerenti", "irragionevoli") di valutazione e possa scartare gli errori di valutazione che non sono manifesti (o "illogici", "incoerenti", "irragionevoli"). L'intero processo di valutazione delle prove, di qualificazione dei fatti, d'interpretazione della legge applicabile e di quantificazione delle sanzioni rispetto alla gravità dell'infrazione può essere annullato e rifatto dal giudice, indipendentemente dalla natura fissa o variabile della sanzione prevista dalla legge, perché il giudice non ha alcun dovere di sottoporre il caso alle autorità amministrative. In termini classici, l'esercizio della "giurisdizione estesa al merito" non è una semplice *reformatio* della decisione amministrativa contestata, è piuttosto una *revisio* del caso. In altre parole, la questione è affidata al giudice amministrativo.

Così, la limitazione dell'ambito di applicazione della giurisdizione amministrativa nel ragionamento del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione è logicamente insostenibile. Essa svuota il controllo giurisdizionale sui fatti alla base della decisione del suo contenuto reale e pratico (circa l'importanza di salvaguardare il contenuto effettivo, reale e pratico del diritto di accesso a un giudice, vedi Jean-François Renucci, *Trattato di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Parigi, LGDJ, 2007, p. 339, Walter Goolwitzer, *Menschenrechte im Strafverfahren, MRK IPBPR und Kommentar*, Berlino, de Gruyter, 2005, p. 304, e Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Auflage, München, Beck, 2009, p. 355). La giurisdizione "piena" è giustamente caratterizzata dalla sua natura globale, poiché essa può e deve comprendere tutti gli aspetti, sia di fatto che di diritto, della responsabilità per il presunto illecito. La "pienezza" della giurisdizione implica necessariamente la sua esaustività. Nella logica pura, sono contraddittorie le proposizioni che presentano qualità incompatibili, come ad esempio: il giudice controlla pienamente la decisione amministrativa, ma non può sostituire la propria valutazione tecnica a quella della decisione amministrativa. Per un'implicazione logica elementare, una sola di queste proposizioni è vera, l'altra è falsa. In questo caso, la seconda parte della frase nell'esempio è falsa.

Seguendo l'interpretazione "debole", i fatti sono realmente accertati dalle autorità amministrative e, in pratica, possono essere contestati dalla persona interessata davanti ad un "tribunale". Così, le autorità amministrative decidono in prima e ultima istanza sui fatti, soprattutto per quanto riguarda la valutazione economica del

comportamento contestato e la definizione di concetti giuridici indeterminati. L'applicazione di concetti giuridici fondamentali come il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante e le intese che limitano la concorrenza è effettivamente sottratta al controllo giurisdizionale. Il giudice amministrativo si converte in questo modo in un organo subalterno del potere giudiziario, che deve inchinarsi dinanzi alle onnipotenti autorità amministrative.

Pertanto, il contenzioso sulle sanzioni amministrative non concerne l'abuso del potere perché un ricorso avverso un abuso di potere non soddisfa i requisiti di cui all'articolo 6 della Convenzione. Come sostengono Delmas-Marty e Teitgen-Colly, il ricorso per abuso di potere è caratterizzato da una "mancanza di controllo in termini di punizione" (vedi Delmas-Marty e Teitgen-Colly, *Punire senza giudicare? Dalla repressione amministrativa al diritto penale amministrativo*, Parigi, Economica, 1992, p. 124). Bisogna riconoscere un ampio ricorso alla giurisdizione estesa al merito e alla sostanza di tutti gli elementi di fatto e di diritto su cui si basa l'attribuzione di responsabilità per un illecito amministrativo, seguendo l'esempio della giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca stabilita dalla sentenza del 14 ottobre 1958 sulla compatibilità della *Bussgeldverfahren* con il *Grundgesetz*, in cui la Corte Costituzionale ha affermato che la costituzionalità di questa procedura è stata garantita dal fatto che "i tribunali sono abbastanza liberi nella determinazione e valutazione dei fatti e possono anche determinare a loro discrezione il *quantum* della sanzione ad esclusione della *reformatio in peius*" (vedere la dottrina tedesca uniforme Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 15. Auflage, München, Beck, p. 351-668, Rebmann, Roth e Herrmann, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Band 1, Stoccarda, Kohlhammer, Annotazione 2 al § 65, e Wolfgang Ferner, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten Kommentar*, Band 1, Köln, Luchterhand, annotazione del § 67, e nella dottrina francese, Romain Tiniere, *Il concetto di "piena giurisdizione" ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ufficio del giudice amministrativo*, in Rivista francese di diritto amministrativo, luglio-agosto 2009, pp 735-737 e Catherine Mamontoff, *La nozione di giurisdizione estesa al merito ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le sue implicazioni in materia di sanzioni amministrative*, in Rivista francese di diritto amministrativo, 15, settembre-ottobre 1999, pp 1009-1015).

L'ampiezza del concetto di giurisdizione estesa al merito per le sanzioni amministrative è confermata anche dall'articolo 31 del regolamento (CE) n. 1 / 2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato che prevedono la giurisdizione estesa al merito (nel testo inglese, *unlimited jurisdiction*) della Corte di giustizia sulle condanne della Commissione per violazione delle norme a tutela della libera concorrenza. Tale giurisdizione estesa al merito include il potere della Corte di giustizia di sostituire la propria valutazione di fatto e di diritto a quella della Commissione, e di farlo anche in assenza di un errore significativo della Commissione (v., circa gli sviluppi della giurisprudenza comunitaria, Florian Schmidt, *Die Befugnis di unbeschränkter zu Gemeinschaftsrichters Ermessensnachprüfung*, Baden-Baden, Nomos, 2004, p.144-163, Taehi Hwang, *Das Sanktionensystem di Kartellrechts nach der europäischen*

VO 1 / 2003, Amburgo, Verlag Dr. Kovac, 2007, pp 105-106, e Melchior Wathelet e Jonathan Wildmeersch, *Contenzioso europeo*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp 230-233).

9. La discussione sulla compatibilità dell'interpretazione "debole" dei poteri di controllo giurisdizionale con il regime convenzionale non si limita all'articolo 6 della Convenzione e deve essere condotta a un livello più profondo. Questa interpretazione pone anche seri problemi riguardo al principio della separazione dei poteri e al principio di legalità delle sanzioni (articolo 7 della Convenzione) (in questa luce, vedere le considerazioni di Caterina Mamontoff, op. cit. 1010 e 1021). In termini di principi, l'applicazione delle sanzioni pubbliche travalica le tradizionali funzioni dell'amministrazione e compete solo a un giudice. Se la verifica delle condizioni per l'applicazione di una sanzione pubblica fosse riservata a un organo amministrativo, senza controllo a posteriori da parte dei giudici, tali principi sarebbero completamente disattesi. L'accettazione di un diritto "pseudo-penale" o di un diritto penale "a due velocità", in cui l'amministrazione esercita un potere di punizione, infliggendo a volte delle sanzioni pecuniarie estremamente severe, senza applicare le tradizionali garanzie del diritto e della procedura penale, avrebbe due conseguenze inevitabili: l'usurpazione da parte delle autorità amministrative delle prerogative del potere giudiziario di punire e l'affidamento della tutela delle libertà individuali ad un'amministrazione onnipotente. Se ragioni di efficienza e complessità tecnica della moderna organizzazione amministrativa possono giustificare l'attribuzione di un potere sanzionatorio alle autorità amministrative, tuttavia esse non possono giustificare che la pubblica amministrazione abbia l'ultima parola sull'esercizio del potere punitivo. **L'auspicabile processo di depenalizzazione non può diventare un assegno in bianco per l'amministrazione. Bisogna che, al termine della procedura sanzionatoria amministrativa, ci sia un giudice al quale gli amministrati possano rivolgersi per chiedere giustizia, senza alcun limite.**

Il principio sotteso all'interpretazione "debole" dei poteri di controllo dei giudici amministrativi resta il potere discrezionale dell'amministrazione, anche nel campo delle sanzioni amministrative (ved. il passo citato della sentenza dal Consiglio di Stato n. 2199/2002). Questa posizione è insostenibile. Se c'è un settore in cui l'assoluta discrezionalità del potere amministrativo non può essere ammessa in uno stato di diritto, è quello delle sanzioni amministrative. Lo stato di diritto, che si basa sul primato delle libertà individuali, è per sua natura incompatibile con la libera discrezionalità in materia di sanzioni amministrative. L'interpretazione "debole" dei poteri dei giudici amministrativi in questo settore può essere intesa solo come un residuo dello Stato di polizia intrinsecamente in contrasto con le libertà individuali.

10. Infine, dobbiamo aggiungere che il governo non contesta il fatto che l'AGCM non sia un'autorità giudiziaria. La discutibile "indipendenza" delle autorità amministrative indipendenti non è sufficiente per convertirli in "giudici" ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione, date le carenze del procedimento amministrativo istruttorio dinanzi alle autorità amministrative. La presunta natura "para-giudiziale" di alcune autorità amministrative, combinata ad una procedura amministrativa che segue parzialmente le regole del giusto processo, non può compensare un controllo giurisdizionale meno esteso.

11. Di fronte alla contraddizione abbagliante tra la giurisprudenza della Corte e le argomentazioni sviluppate dai giudici nazionali nelle loro sentenze successive, la conclusione è inevitabile: la ricorrente non ha avuto l'opportunità di presentare le sue contestazioni ad un giudice che abbia i requisiti di cui all'articolo 6 della Convenzione. Data la natura non giurisdizionale dell'AGCM e la portata limitata della giurisdizione amministrativa prevista in astratto ed esercitata in concreto dagli organismi giudiziari nazionali, vi è stata una violazione dell'articolo 6.

12. Una nota di ottimismo per terminare: l'interpretazione "debole" dei poteri di controllo dei tribunali amministrativi sulle sanzioni imposte dalle autorità amministrative è stata finalmente abolita dal nuovo codice di procedura amministrativa, che prevede esplicitamente nell'articolo 134, lettera c) la "giurisdizione estesa al merito" dei tribunali amministrativi per le sanzioni pecuniarie amministrative, ivi comprese quelle imposte dalle autorità amministrative indipendenti. Al momento dell'entrata in vigore del nuovo codice, i giudici amministrativi italiani potranno controllare *in toto* le decisioni di applicazione delle sanzioni amministrative. Il legislatore italiano ha riconosciuto l'errore e si è avviato sulla strada giusta.

Licenza Creative Commons Attribuzione – Non Commerciale – Non Opere Derivate

L'OPERA (COME SOTTO DEFINITA) È MESSA A DISPOSIZIONE SULLA BASE DEI TERMINI DELLA PRESENTE LICENZA "CREATIVE COMMONS PUBLIC LICENCE" ("CCPL" O "LICENZA"). L'OPERA È PROTETTA DAL DIRITTO D'AUTORE E/O DALLE ALTRE LEGGI APPLICABILI. OGNI UTILIZZAZIONE DELL'OPERA CHE NON SIA AUTORIZZATA AI SENSI DELLA PRESENTE LICENZA O DEL DIRITTO D'AUTORE È PROIBITA.

CON IL SEMPLICE ESERCIZIO SULL'OPERA DI UNO QUALUNQUE DEI DIRITTI QUI DI SEGUITO ELENCATI, TU ACCETTI E TI OBBLIGHI A RISPETTARE INTEGRALMENTE I TERMINI DELLA PRESENTE LICENZA AI SENSI DEL PUNTO 8.e. IL LICENZIANTE CONCEDE A TE I DIRITTI QUI DI SEGUITO ELENCATI A CONDIZIONE CHE TU ACCETTI DI RISPETTARE I TERMINI E LE CONDIZIONI DI CUI ALLA PRESENTE LICENZA.

1. Definizioni. Ai fini e per gli effetti della presente licenza, si intende per

"Collezione di Opere", un'opera, come un numero di un periodico, un'antologia o un'enciclopedia, nella quale l'Opera nella sua interezza e forma originale, unitamente ad altri contributi costituenti loro stessi opere distinte ed autonome, sono raccolti in un'unità collettiva. Un'opera che costituisce Collezione di Opere non verrà considerata Opera Derivata (come sotto definita) ai fini della presente Licenza;

"Opera Derivata", un'opera basata sull'Opera ovvero sull'Opera insieme con altre opere preesistenti, come una traduzione, un arrangiamento musicale, un adattamento teatrale, narrativo, cinematografico, una registrazione di suoni, una riproduzione d'arte, un digesto, una sintesi, o ogni altra forma in cui l'Opera possa essere riproposta, trasformata o adattata. Nel caso in cui un'Opera tra quelle qui descritte costituisca già Collezione di Opere, essa non sarà considerata Opera Derivata ai fini della presente Licenza. Al fine di evitare dubbi è inteso che, quando l'Opera sia una composizione musicale o registrazione di suoni, la sincronizzazione dell'Opera in relazione con un'immagine in movimento ("synching") sarà considerata Opera Derivata ai fini di questa Licenza;

"Licenziante", l'individuo o l'ente che offre l'Opera secondo i termini e le condizioni della presente Licenza;

"Autore Originario", il soggetto che ha creato l'Opera;

"Opera", l'opera dell'ingegno suscettibile di protezione in forza delle leggi sul diritto d'autore, la cui utilizzazione è offerta nel rispetto dei termini della presente Licenza;

"Tu"/"Te", l'individuo o l'ente che esercita i diritti derivanti dalla presente Licenza e che non abbia precedentemente violato i termini della presente Licenza relativi all'Opera, o che, nonostante una precedente violazione degli stessi, abbia ricevuto espressa autorizzazione dal Licenziante all'esercizio dei diritti derivanti dalla presente Licenza.

2. Libere utilizzazioni.

La presente Licenza non intende in alcun modo ridurre, limitare o restringere alcun diritto di libera utilizzazione o l'operare della regola dell'esaurimento del diritto o altre limitazioni dei diritti esclusivi sull'Opera derivanti dalla legge sul diritto d'autore o da altre leggi applicabili.

3. Concessione della Licenza.

Nel rispetto dei termini e delle condizioni contenute nella presente Licenza, il Licenziante concede a Te una licenza per tutto il mondo, gratuita, non esclusiva e perpetua (per la durata del diritto d'autore applicabile) che autorizza ad esercitare i diritti sull'Opera qui di seguito elencati:

riproduzione dell'Opera, incorporazione dell'Opera in una o più Collezioni di Opere e riproduzione dell'Opera come incorporata nelle Collezioni di Opere;

distribuzione di copie dell'Opera o di supporti fonografici su cui l'Opera è registrata, comunicazione al pubblico, rappresentazione, esecuzione, recitazione o esposizione in pubblico, ivi inclusa la trasmissione audio digitale dell'Opera, e ciò anche quando l'Opera sia incorporata in Collezioni di Opere;

I diritti sopra descritti potranno essere esercitati con ogni mezzo di comunicazione e in tutti i formati. Tra i diritti di cui sopra si intende compreso il diritto di apportare all'Opera le modifiche che si rendessero tecnicamente necessarie per l'esercizio di detti diritti tramite altri mezzi di comunicazione o su altri formati, ma a parte questo non hai diritto di realizzare Opere Derivate. Tutti i diritti non espressamente concessi dal Licenziante rimangono riservati, ivi inclusi quelli di cui ai punti 4(d) e (e).

4. Restrizioni.

La Licenza concessa in conformità al precedente punto 3 è espressamente assoggettata a, e limitata da, le seguenti restrizioni

Tu puoi distribuire, comunicare al pubblico, rappresentare, eseguire, recitare o esporre in pubblico l'Opera, anche in forma digitale, solo assicurando che i termini di cui alla presente Licenza siano rispettati e, insieme ad ogni copia dell'Opera (o supporto fonografico su cui è registrata l'Opera) che distribuisce, comunichi al pubblico o rappresenti, esegui, reciti o esponi in pubblico, anche in forma digitale, devi includere una copia della presente Licenza o il suo Uniform Resource Identifier. Non puoi proporre o imporre alcuna condizione relativa all'Opera che alteri o restringa i termini della presente Licenza o l'esercizio da parte del beneficiario dei diritti qui concessi. Non puoi concedere l'Opera in sublicenza. Devi mantenere intatte tutte le informative che si riferiscono alla presente Licenza ed all'esclusione delle garanzie. Non puoi distribuire, comunicare al pubblico, rappresentare, eseguire, recitare o esporre in pubblico l'Opera, neanche in forma digitale, usando misure tecnologiche miranti a controllare l'accesso all'Opera ovvero l'uso dell'Opera, in maniera incompatibile con i termini della

presente Licenza. Quanto sopra si applica all'Opera anche quando questa faccia parte di una Collezione di Opere, anche se ciò non comporta che la Collezione di Opere di per sé ed indipendentemente dall'Opera stessa debba essere soggetta ai termini ed alle condizioni della presente Licenza. Qualora Tu crei una Collezione di Opere, su richiesta di qualsiasi Licenziante, devi rimuovere dalla Collezione di Opere stessa, ove materialmente possibile, ogni riferimento in accordo con quanto previsto dalla clausola 4.c, come da richiesta.

Tu non puoi esercitare alcuno dei diritti a Te concessi al precedente punto 3 in una maniera tale che sia prevalentemente intesa o diretta al perseguimento di un vantaggio commerciale o di un compenso monetario privato. Lo scambio dell'Opera con altre opere protette dal diritto d'autore, per mezzo della condivisione di file digitali (c.d. filesharing) o altrimenti, non è considerato inteso o diretto a perseguire un vantaggio commerciale o un compenso monetario privato, a patto che non ci sia alcun pagamento di alcun compenso monetario in connessione allo scambio di opere coperte da diritto d'autore.

Qualora Tu distribuisca, comunichi al pubblico, rappresenti, esegua, reciti o esponga in pubblico, anche in forma digitale, l'Opera, devi mantenere intatte tutte le informative sul diritto d'autore sull'Opera. Devi riconoscere una menzione adeguata rispetto al mezzo di comunicazione o supporto che utilizzi: (i) all'Autore Originale (citando il suo nome o lo pseudonimo, se del caso), ove fornito; e/o (ii) alle terze parti designate, se l'Autore Originale e/o il Licenziante hanno designato una o più terze parti (ad esempio, una istituzione finanziatrice, un ente editoriale) per l'attribuzione nell'informativa sul diritto d'autore del Licenziante o nei termini di servizio o con altri mezzi ragionevoli; il titolo dell'Opera, ove fornito; nella misura in cui sia ragionevolmente possibile, l'Uniform Resource Identifier, che il Licenziante specifichi dover essere associato con l'Opera, salvo che tale URI non faccia alcun riferimento alla informazione di protezione di diritto d'autore o non dia informazioni sulla licenza dell'Opera. Tale menzione deve essere realizzata in qualsiasi maniera ragionevole possibile; in ogni caso, in ipotesi di Collezione di Opere, tale menzione deve quantomeno essere posta nel medesimo punto dove viene indicato il nome di altri autori di rilevanza paragonabile e con lo stesso risalto concesso alla menzione di altri autori di rilevanza paragonabile.

Al fine di evitare dubbi è inteso che, se l'Opera sia di tipo musicale

Compensi per la comunicazione al pubblico o la rappresentazione o esecuzione di opere incluse in repertori. Il Licenziante si riserva il diritto esclusivo di riscuotere compensi, personalmente o per il tramite di un ente di gestione collettiva (ad es. SIAE), per la comunicazione al pubblico o la rappresentazione o esecuzione, anche in forma digitale (ad es. tramite webcast) dell'Opera, se tale utilizzazione sia prevalentemente intesa o diretta a perseguire un vantaggio commerciale o un compenso monetario privato.

Compensi per versioni cover. Il Licenziante si riserva il diritto esclusivo di riscuotere compensi, personalmente o per il tramite di un ente di gestione collettiva (ad es. SIAE), per ogni disco che Tu crei e distribuisca a partire dall'Opera (versione cover), nel caso in cui la Tua distribuzione di detta versione cover sia prevalentemente intesa o diretta a perseguire un vantaggio commerciale o un compenso monetario privato.

Compensi per la comunicazione al pubblico dell'Opera mediante fonogrammi. Al fine di evitare dubbi, è inteso che se l'Opera è una registrazione di suoni, il Licenziante si riserva il diritto esclusivo di riscuotere compensi, personalmente o per il tramite di un ente di gestione collettiva (ad es. IMAIE), per la comunicazione al pubblico dell'Opera, anche in forma digitale, nel caso in cui la Tua comunicazione al pubblico sia prevalentemente intesa o diretta a perseguire un vantaggio commerciale o un compenso monetario privato.

Altri compensi previsti dalla legge italiana. Al fine di evitare dubbi, è inteso che il Licenziante si riserva il diritto esclusivo di riscuotere i compensi a lui attribuiti dalla legge italiana sul diritto d'autore (ad es. per l'inserimento dell'Opera in un'antologia ad uso scolastico ex art. 70 l. 633/1941), personalmente o per tramite di un ente di gestione collettiva (ad es. SIAE, IMAIE), se l'utilizzazione dell'Opera sia prevalentemente intesa o diretta a perseguire un vantaggio commerciale o un compenso monetario privato. Al Licenziante spettano in ogni caso i compensi irrinunciabili a lui attribuiti dalla medesima legge (ad es. l'equo compenso spettante all'autore di opere musicali, cinematografiche, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento nel caso di noleggio ai sensi dell'art. 18-bis l. 633/1941).

5. Dichiarazioni, Garanzie ed Esonero da responsabilità

SALVO CHE SIA ESPRESSAMENTE CONVENUTO ALTRIMENTI PER ISCRITTO FRA LE PARTI, IL LICENZIANTE OFFRE L'OPERA IN LICENZA "COSÌ COM'È" E NON FORNISCE ALCUNA DICHIARAZIONE O GARANZIA DI QUALSIASI TIPO CON RIGUARDO ALL'OPERA, SIA ESSA ESPRESSA OD IMPLICITA, DI FONTE LEGALE O DI ALTRO TIPO, ESSENDO QUINDI ESCLUSE, FRA LE ALTRE, LE GARANZIE RELATIVE AL TITOLO, ALLA COMMERCIALIZZABILITÀ, ALL'IDONEITÀ PER UN FINE SPECIFICO E ALLA NON VIOLAZIONE DI DIRITTI DI TERZI O ALLA MANCANZA DI DIFETTI LATENTI O DI ALTRO TIPO, ALL'ESATTEZZA OD ALLA PRESENZA DI ERRORI, SIANO ESSI ACCERTABILI O MENO. ALCUNE GIURISDIZIONI NON CONSENTONO L'ESCLUSIONE DI GARANZIE IMPLICITE E QUINDI TALE ESCLUSIONE PUÒ NON APPLICARSI A TE.

6. Limitazione di Responsabilità.

SALVI I LIMITI STABILITI DALLA LEGGE APPLICABILE, IL LICENZIANTE NON SARÀ IN ALCUN CASO RESPONSABILE NEI TUOI CONFRONTI A QUALUNQUE TITOLO PER ALCUN TIPO DI DANNO, SIA ESSO SPECIALE, INCIDENTALE, CONSEGUENZIALE, PUNITIVO OD ESEMPLARE, DERIVANTE DALLA PRESENTE LICENZA O DALL'USO DELL'OPERA, ANCHE NEL CASO IN CUI IL LICENZIANTE SIA STATO EDOTTO SULLA POSSIBILITÀ DI TALI DANNI. NESSUNA CLAUSOLA DI QUESTA LICENZA ESCLUDE O LIMITA LA RESPONSABILITÀ NEL CASO IN CUI QUESTA DIPENDA DA DOLO O COLPA GRAVE.

7. Risoluzione

La presente Licenza si intenderà risolta di diritto e i diritti con essa concessi cesseranno automaticamente, senza necessità di alcuna comunicazione in tal senso da parte del Licenziante, in caso di qualsivoglia inadempimento dei termini della presente Licenza da parte Tua, ed in particolare delle disposizioni di cui ai punti 4.a, 4.b e 4.c, essendo la presente Licenza condizionata risolutivamente al verificarsi di tali inadempimenti. In ogni caso, la risoluzione della presente Licenza non pregiudicherà i diritti acquistati da individui o enti che abbiano acquistato da Te Collezioni di Opere, ai sensi della presente Licenza, a condizione che tali individui o enti continuino a rispettare integralmente le licenze di cui sono parte. Le sezioni 1, 2, 5, 6, 7 e 8 rimangono valide in presenza di qualsiasi risoluzione della presente Licenza.

Sempre che vengano rispettati i termini e le condizioni di cui sopra, la presente Licenza è perpetua (e concessa per tutta la durata del diritto d'autore sull'Opera applicabile). Nonostante ciò, il Licenziante si riserva il diritto di rilasciare l'Opera sulla base dei termini di una differente licenza o di cessare la distribuzione dell'Opera in qualsiasi momento; fermo restando che, in ogni caso, tali decisioni non comporteranno recesso dalla presente Licenza (o da qualsiasi altra licenza che sia stata concessa, o che sia richiesto che venga concessa, ai termini della presente Licenza), e la presente Licenza continuerà ad avere piena efficacia, salvo che vi sia risoluzione come sopra indicato.

8. Varie

Ogni volta che Tu distribuisi, o rappresenti, esegui o reciti pubblicamente in forma digitale l'Opera o una Collezione di Opere, il Licenziante offre al destinatario una licenza per l'Opera nei medesimi termini e condizioni che a Te sono stati concessi dalla presente Licenza.

L'invalidità o l'inefficacia, secondo la legge applicabile, di una o più fra le disposizioni della presente Licenza, non comporterà l'invalidità o l'inefficacia dei restanti termini e, senza bisogno di ulteriori azioni delle parti, le disposizioni invalide o inefficaci saranno da intendersi rettificate nei limiti della misura che sia indispensabile per renderle valide ed efficaci.

In nessun caso i termini e le disposizioni di cui alla presente Licenza possono essere considerati rinunciati, né alcuna violazione può essere considerata consentita, salvo che tale rinuncia o consenso risultino per iscritto da una dichiarazione firmata dalla parte contro cui operi tale rinuncia o consenso.

La presente Licenza costituisce l'intero accordo tra le parti relativamente all'Opera qui data in licenza. Non esistono altre intese, accordi o dichiarazioni relative all'Opera che non siano quelle qui specificate. Il Licenziante non sarà vincolato ad alcuna altra disposizione addizionale che possa apparire in alcuna comunicazione da Te proveniente. La presente Licenza non può essere modificata senza il mutuo consenso scritto del Licenziante e Tuo.

Clausola iCommons. Questa Licenza trova applicazione nel caso in cui l'Opera sia utilizzata in Italia. Ove questo sia il caso, si applica anche il diritto d'autore italiano. Negli altri casi le parti si obbligano a rispettare i termini dell'attuale Licenza Creative Commons generica che corrisponde a questa Licenza Creative Commons iCommons.