

IL DIRITTO DI ESSERE ASCOLTATO NEI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI SANZIONATORI EX ART. 18 L. 689/1981: UN CAMBIO DI ROTTA NON PIÙ RINVIABILE.

Maria Difino

ABSTRACT

The article addresses the issue of the right to be heard in the sanctioning procedure pursuant to Law no. 689/81 and, more generally, the right to participate in the administrative procedure. The reflection that arises is that, also in light of the latest changes made to law 241/1990 (law containing the general principles of the administrative procedure) pursuant to D.L. n. 76/2020 converted into law n. 120/2020, the protection of citizens in respect of this right is no longer derogable, as up to now instead affirmed by the Court of Cassation.

L'articolo affronta la questione del diritto al contraddittorio nel procedimento sanzionatorio ai sensi della Legge n. 689/81 e, più in generale, il diritto di partecipare al procedimento amministrativo. La riflessione che ne deriva è che, anche alla luce delle ultime modifiche apportate alla legge 241/1990 (legge recante i principi generali del procedimento amministrativo) ai sensi del D.L. n. 76/2020 convertito in legge n. 120/2020, la tutela dei cittadini rispetto a tale diritto non è più derogabile, come fino ad ora invece affermato dalla Corte di Cassazione.

SOMMARIO: **1.** Premessa - **2.** ... la visione del problema dalla prospettiva penalistica - **3.** ... uno sguardo dalla prospettiva europea - **4.** ... dalla prospettiva del diritto amministrativo - **5.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La questione del diritto del cittadino ad essere ascoltato nel procedimento sanzionatorio disciplinato dalla legge n. 689/1981¹ può dirsi oggi stretta tra una posizione tradizionale, incline a contenere entro certi limiti lo spazio concesso alle garanzie procedurali in nome di una assunta “effettività dell’azione amministrativa” (*Cassazione civile SS.UU. 30.09.2009 n. 20935*), e una nuova visione che invece sta pervadendo la disciplina amministrativistica.

Soprattutto sotto la spinta del diritto comunitario, nel panorama giuridico nazionale ha cominciato ad affermarsi un più evoluto concetto di “buona amministrazione” che segna come fondamentale la presenza del cittadino all’interno del procedimento amministrativo, marcandone il peso; evoluzione le cui tracce possiamo riscontrare maggiormente oggi, dopo il secondo decreto Semplificazione appena licenziato dall’attuale Esecutivo (d.l. n. 76/2020 convertito nella legge n. 120/2020).

Allo stato dell’arte, tuttavia, il regime è quello dettato dal principio granitico espresso dalla Corte di Cassazione SS.UU. con la sentenza del 28.01.2010 n. 1786 per il quale, alla violazione del diritto al contraddittorio procedimentale in materia di sanzioni amministrative, non è riconosciuta capacità invalidante del provvedimento finale (ordinanza ingiunzione)².

Una prima domanda che sorge è, allora, se il passaggio “partecipativo” di un procedimento amministrativo, qualunque sia la finalità dello stesso e l’autorità competente, possa essere saltato a piè pari, come sostiene la Cassazione, senza per questo porsi in contrasto con i canoni che disciplinano la tutela del cittadino ed il suo diritto ad essere ascoltato sempre ed in ogni caso; e ciò soprattutto in ipotesi di esercizio della potestà punitiva³.

1 Legge 24 novembre 1981 n. 689 “*Modifiche al sistema penale*”, G.U. n. 329 del 30 novembre 1981.

2 Orientamento condiviso anche da una recente sentenza del giudice molisano, confermata in secondo grado, in un giudizio di opposizione a ordinanza ingiunzione in materia di sanzioni amministrative emessa ai sensi del Codice dell’ambiente, Dlgs. 152/2006 (*Sentenza Tribunale Civile Campobasso, 02.12.2015 n. 820; Sentenza Corte Appello Campobasso, 03.07.2019 n. 246*) e che ha dato spunto alla presente riflessione sul tema trattato.

3 F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 2, 2014, il quale sottolinea la necessità di una trasformazione e di un rafforzamento delle garanzie del cittadino di fronte ad ogni manifestazione della potestà punitiva e, ciò, a prescindere dalle finalità che tale potestà persegue, ovvero se propriamente afflittive o anche ripristinatorie.

Una seconda domanda è se, in relazione alla “partecipazione procedimentale”, si possa affermare una reale differenza sostanziale tra le regole che governano il procedimento sanzionatorio di cui alla legge 689/1981 e quelle che disciplinano il procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241/1990.

Il tema della partecipazione del cittadino alla fase procedimentale diretta alla emanazione di un atto dell’Autorità, è stata fino ad oggi riguardata da due prospettive differenti, ovvero quella tipica della dimensione penale e quella propriamente amministrativa; prospettive che hanno condotto ad approdi diversi e che verranno di seguito scrutinate, senza alcuna pretesa di esaustività, per provare a capire se, anche alla luce degli interventi del diritto comunitario, oggi si possa tentare di immaginare una disciplina omogenea che ponga il cittadino sempre al centro di qualunque sistema, in quanto soggetto meritevole del medesimo livello di attenzione e tutela.

2. ... la visione del problema dalla prospettiva penalistica.

Secondo l’opinione largamente condivisa dalla dottrina, il tema delle sanzioni amministrative è senza dubbio tra quelli maggiormente complessi e articolati nella categoria delle scienze giuridiche, proprio perché dette sanzioni nascono prive di una propria classe giuridica⁴, costringendo gli interpreti a porre in essere operazioni di astrazione in una logica tipicamente deduttiva, al fine di individuare principi generali desumibili da discipline diverse, come quella penale e quella civile⁵.

⁴ In effetti, per molto per molto tempo si è registrata la mancanza di una disciplina normativa da cui trarre principi e istituti da applicare e che, sono stati quindi presi in prestito da altre discipline, in particolare dal diritto penale. Tutto ciò fino alla legge n. 689/1981, intitolata “*Modifiche al sistema penale*” che ha conferito all’attività amministrativa sanzionatoria un carattere peculiare rispetto alle altre attività amministrative, cfr R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa e commentata con dottrine e giurisprudenza*, Milano, 2009; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di Sabino Cassese, II Edizione, Milano 2003 .

⁵ C.E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1989. E’ stato rilevato come, non esistendo nel nostro ordinamento una definizione normativa di “sanzione amministrativa”, dottrina e giurisprudenza l’avevano indicata come quella *misura afflittiva irrogata nell’esercizio di una potestà amministrativa* che, quindi, era possibile connotare solo in relazione al suo ambito di applicazione, restando impossibile, invece, marcarne il contenuto tipico e peculiare. Tale tesi si fondava, infatti, sul presupposto che la sanzione amministrativa fosse caratterizzata dal fatto di non essere diretta a reintegrare l’ordinamento generale ma soltanto a ristabilire un ordinamento amministrativo corretto, differenziandosi, così, dalla sanzione penale che avrebbe lo scopo di ripristinare il corretto funzionamento dell’ordinamento generale. Per la dottrina maggioritaria, è proprio il carattere dell’*afflittività*, presente anche nelle sanzioni

E' utile ricordare che lo sviluppo e l'interesse della scienza giuridica verso il c.d. "diritto penale amministrativo"⁶ risale all'*ancien régime* allorché, con l'affermazione dello Stato di diritto e dei principi di divisione dei poteri e di giurisdizionalizzazione, larga parte della potestà sanzionatoria di diritto pubblico è passata dal campo del diritto amministrativo a quello del diritto penale, ritenuto quest'ultimo più idoneo a garantire il cittadino contro gli abusi del potere⁷.

Tuttavia, nel secolo successivo, anche a causa della industrializzazione e dell'intervento sempre maggiore dello Stato nei rapporti sociali in funzione di tutela di nuovi interessi emergenti, ebbe a registrarsi un notevole incremento delle fattispecie criminose, che finì per condurre ad una semi-paralisi del sistema della giustizia penale⁸. Questo comportò la ricerca e poi l'impiego di nuove forme di

amministrative, che consente di includere le stesse, in via residuale, nell'ampia categoria delle sanzioni, sebbene presentino caratteri diversi dalle sanzioni penali e da quelle civili. Sulla questione della sanzione amministrativa come misura afflittiva, diversa sia dalla sanzione penale sia dalla sanzione civile, irrogata dallo Stato o da altro ente pubblico, nell'esercizio di una potestà amministrativa, anche A. FIORITTO, C. LENZETTI, *Le sanzioni amministrative e la nuova tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012.

6 V. DI GIOIA, *Le sanzioni amministrative*, Torino 2009, precisa che nel nostro ordinamento si assiste, ormai da qualche anno, ad una sostanziale valorizzazione del diritto penale amministrativo, sia da parte della legislazione statale - che ha fatto largo impiego, in questi anni, della sanzione amministrativa *ab origine* o in via di decriminalizzazione - sia di quella regionale. Spiega ancora l'Autore che, riguardo alla natura giuridica, parte della dottrina preferisce qualificare questo nuovo sistema di illecito come un sottosistema penale riconducibile ad una superiore categoria dogmatica, il c.d. *illecito di diritto pubblico* (che includerebbe sia l'illecito penale sia quello amministrativo) da contrapporre all'illecito civile. Altra parte della dottrina, invece, lo ritiene un sistema autonomo da quello penale, caratterizzato da regole peculiari, quali, solo per fare un esempio, la disciplina della solidarietà e la responsabilità oggettiva.

7 R. TOMEI, *La problematica delle sanzioni amministrative nella dottrina del diritto penale amministrativo*, Riv. amm. R. it. 2003; L. MANNORI- B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari 2001.

8 Che l'intento del legislatore del 1981 fosse quello di creare un sistema penale più razionale, nel tentativo di dare una risposta alla paralisi giudiziaria che si era venuta a determinare, è chiaramente indicato nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge di iniziativa governativa n. 363/1979, dove si legge che finalità della legge è "avviare per la prima volta nel nostro ordinamento una strategia differenziata alla lotta alla criminalità, che superi la vecchia ideologia di un intervento penale indifferenziato ed eccessivamente rigido e diffuso, ormai estraneo alla sensibilità e alla coscienza moderna, e che tra l'altro ha sovraccaricato la macchina giudiziaria, rendendola del tutto inadeguata a far fronte ai suoi compiti fondamentali". Aspettative che, secondo F. BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981 n. 689: una svolta "reale nella politica criminale"*, in *Pol. Del dir*, XIII n. 3, 1982, non sarebbero state pienamente raccolte. Sull'argomento si rinvia anche a V. DI GIOIA, *Le sanzioni amministrative*, op.cit. Precisa F. BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981 n. 689: una svolta "reale nella politica criminale"*, in *Pol. Del dir*, XIII n. 3, 1982, che l'intento del legislatore del 1981 di creare un sistema penale più razionale, nel tentativo di dare una risposta alla paralisi giudiziaria che si era venuta a determinare, come chiaramente indicato nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge di iniziativa governativa n. 363/1979,

controllo sociale, con la previsione di rimedi di natura essenzialmente economica, dando così luogo al fenomeno indicato come “depenalizzazione”⁹.

Si può dire, quindi, che a partire da primi interventi di depenalizzazione del 1967¹⁰ e soprattutto con la legge n. 689/1981, questo sistema ha rivestito una particolare rilevanza non solo per il maggior effetto deterrente sortito rispetto alla normativa penale, di più difficile applicazione, ma anche perché previsto per illeciti diversi da quelli sulla persona¹¹. Il valore ampio da sempre attribuito alla nozione di “sanzione”, rende la stessa di per sé generica ed indeterminata, indicando la reazione dell’ordinamento alla violazione di un precetto di varia natura (giuridico, morale, sociale, religioso ecc.)¹² che può rispondere a finalità diverse, ovvero punitive o ripristinatorie¹³. L’esigenza deflattiva del contenzioso penale attuata con la legge n.

non sarebbero state pienamente raccolte. Sull’argomento si rinvia anche a V. DI GIOIA, *Le sanzioni amministrative*, op.cit. Sull’argomento si rinvia anche a V. DI GIOIA, *Le sanzioni amministrative*, op.cit.

9 V. DI GIOIA, *Le sanzioni amministrative*, op.cit. L’Autore spiega le modalità della depenalizzazione che si suddivide in “secca” nel senso di attribuzione della completa liceità del fatto prima incriminato, e “amministrativa” nel senso di sostituzione, a quella penale, di altro tipo di sanzione.

10 Sul tema della depenalizzazione del sistema sanzionatorio, in Italia ricordiamo la legge n. 317/1967 in materia di circolazione stradale e, successivamente, la legge n. 706/1975 sulle contravvenzioni punibili con l’ammenda ed infine la legge n. 689/1981.

11 Ritiene che la legge n. 689/1981 rappresenti il più organico lavoro in materia di illecito amministrativo, il cui tributo maggiore offerto al sistema giuridico è dato proprio dal superamento dei limiti che sino ad allora avevano caratterizzato le precedenti opere di depenalizzazione, A. VIGNERI, *Profili generali delle sanzioni amministrative*, in *Leggi civ. comm.*, 1982; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative e principio di specialità: riflessioni sulla unitarietà della funzione afflittiva*, in www.giustiamministrativa.it n. 7/2012.

12 Sul tema si rinvia a P.CERBO, *Le sanzioni amministrative*, op.cit.; T. PADOVANI, *La distribuzione delle sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l’esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. pen.* 1984; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli 1983; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983.

13 In virtù del principio di *one-way autonomy* - elaborato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Engel del 1976* - la qualificazione formale che una data sanzione ricava dall’ordinamento nazionale è vincolante esclusivamente in senso estensivo ai fini della applicabilità delle garanzie convenzionali di cui all’art. 6) CEDU. Infatti, la giurisprudenza europea, al fine di garantire al cittadino pienezza dei diritti di difesa, propri del processo penale, anche nella fase stragiudiziale di irrogazione della sanzione amministrativa, ha considerato rilevante, ai fini della tutela, pure le pene in senso lato, ovvero a quelle che abbiano come finalità la cura in concreto dell’interesse pubblico (ad es. le sanzioni ripristinatorie di un bene leso ovvero quelle di prevenzione del rischio di una loro futura compromissione), cfr. *Corte eur. dir. uomo*, 27.11.2007, caso n. 21861 - *Harmer/Belgium*. In senso opposto, cfr. *C.C. SS.UU.* 15.12.2000 n. 1264 che, invece, inquadra la posizione giuridica del soggetto nella categoria dell’interesse legittimo, considerando la sanzione quale esercizio di funzione amministrativa in senso stretto e di carattere vincolato; di talché al soggetto è negato ogni diritto procedimentale, compreso la comunicazione di avvio di procedimento.

689/1981, attraverso il declassamento di talune fattispecie da reati a sanzioni amministrative, non ne ha tuttavia mutato il carattere di “afflittività” e “finalità di prevenzione” generale e speciale¹⁴ che continua ad accomunare sia le sanzioni penali sia quelle c.d. amministrative “in senso stretto”¹⁵.

Quanto alla catalogazione della sanzione come amministrativa o penale, la scelta è tradizionalmente rimessa al legislatore sulla base degli interessi ritenuti meritevoli di protezione e della loro maggiore o minore rilevanza come avvertita in un certo momento storico¹⁶. Cosicché, mentre le prime sono normalmente dirette a colpire comportamenti antigiuridici lesivi di un interesse generale, le seconde riguardano

14 In tal senso non sono qualificabili come sanzioni amministrative (in senso proprio) le *misure ripristinatorie* il cui scopo è quello di restaurare la legalità violata senza tuttavia perseguire finalità afflittive e di prevenzione. Parimenti, non sono riconducibili alla categoria delle sanzioni amministrative quelle misure negative che hanno carattere preventivo e cautelare, essendo dirette ad evitare la consumazione di un illecito e non invece, a sanzionare direttamente lo stesso. Sono, invece, da ricondurre al *genus* delle sanzioni punitive le sanzioni amministrative *pecuniarie*, che rappresentano la più importante categoria di sanzioni amministrative insieme a quelle *interdittive*, ovvero di quelle, come la revoca di un’autorizzazione amministrativa, che incidono sull’esercizio di un diritto o su un provvedimento che aveva attribuito al trasgressore particolari benefici o diritti. E tuttavia, vi sono talune misure amministrative, come ad esempio la revoca della patente di guida che, pur essendo interdittive, non possono dirsi “sanzioni” atteso che mancano proprio della funzione punitiva, dal momento che non sono conseguenza di un illecito ma bensì l’effetto dell’accertamento del venir meno di un requisito soggettivo che abilitava il soggetto allo svolgimento di una qualche attività. Nell’ambito delle sanzioni amministrative sono da ricondurre, altresì, alcune ipotesi di confisca (allorché siano conseguenza di un illecito, abbiano carattere personale e finalità afflittive e di prevenzione) nonché le sanzioni disciplinari, che hanno una disciplina specifica, essendo espressamente escluse dall’ambito di operatività della disciplina generale delle sanzioni amministrative dall’art. 12 l.n. 689/1981

Per una attenta disamina delle sanzioni si rinvia a P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, op. cit.

15 Diversamente si presentano le *sanzioni civili* dove, invece, la finalità è risarcitoria. Se quindi è più facile scorgere le differenze tra sanzioni amministrative e penali e quelle civili, tale operazione risulta più difficile tra le prime due. Infatti le sanzioni penali come quelle amministrative condividono la medesima finalità punitiva e preventiva (tant’è che, come si diceva, grazie a questo, è stato possibile procedere alla depenalizzazione di talune fattispecie criminose). Sul *principio di specialità* come emerge dall’art. 9) della legge n. 689/1981 si deve ricordare che la *Grande camera della C. eur. Dir. uomo*, sentenza 8 luglio 2019, Mihalache c. Romania, ric. n. 54012/10, rimeditando la presa di posizione espressa sul principio del *ne bis in idem* tra le due sanzioni - penale e amministrativa - ha affermato che non viola l’art. 4), prot. 7 CEDU l’applicazione, in relazione al medesimo fatto, di sanzioni amministrative e penali in distinti procedimenti, quando tra gli stessi sia ravvisabile una connessione sufficientemente stretta sul piano sostanziale e temporale. Più ampiamente sul tema cfr S. CIMINI, *Sanzioni amministrative*, Diritto on line 2019.

16 Va tuttavia evidenziato che questa tesi, che ricerca la differenza tra sanzioni amministrative e sanzioni penali nell’ambito degli interessi protetti e della loro assunta maggiore o minore rilevanza, è stata smentita dalla Consulta che in riferimento ai beni ambientali, qualificati dalla Costituzione come “primari” (art. 9 Cost.), ha avuto modo di

lesioni che hanno un impatto minore, incidendo su interessi specifici rimessi alla cura della P.A. a cui è attribuito anche il potere di irrogare sanzioni; potere comunque sancito da norme repressive di ordine penale¹⁷.

Ciò posto, nel caso di irrogazione di *sanzioni amministrative in senso stretto*, l'attività della P.A. non potrebbe definirsi attività amministrativa nella sua accezione tipica, ovvero di specifica "*cura dell'interesse pubblico*" che si svolge attraverso la ponderazione dell'interesse primario con gli interessi secondari, ma piuttosto come una attività di "punizione" di comportamenti ritenuti lesivi dall'ordinamento giuridico; cosicché il *procedimento sanzionatorio*, disciplinato dalla legge n. 689/1981, non sarebbe strumentale alla formazione di un provvedimento amministrativo, ma precluderebbe alla emanazione di un vero e proprio atto affittivo di natura *paragiurisdizionale*.

Siffatta impostazione si riflette anche sull'oggetto del procedimento sanzionatorio disciplinato dalla legge n. 689/1981, il quale non è l'*interesse pubblico* da definire al meglio nella comparazione degli interessi contrapposti e da tutelare attraverso un atto finale (il provvedimento amministrativo), ma è, invece, la determinazione di una *sanzione* di natura economica da infliggere direttamente all'autore dell'illecito, entro un minimo ed un massimo stabilito dalla legge *per quello specifico comportamento anti-giuridico*, e ciò in funzione di punizione e prevenzione, esattamente come avviene nell'ambito del diritto penale¹⁸.

affermare in diverse pronunce, che la scelta circa il tipo di sanzione da applicare (penale o amministrativa) è lasciata esclusivamente all'apprezzamento del legislatore il quale, discrezionalmente, potrà decidere sulla base di criteri di efficacia e proporzionalità a seconda del grado di tutela necessario (*Corte. Cost. Ord. 30.03.2001 n. 86*), considerato che talvolta la sanzione amministrativa può risultare addirittura più efficace di altri strumenti di tutela, compreso quello repressivo penale (*Corte Cost. 30.12.1998 n. 456*). La dottrina a tal proposito ha escluso una differenza di carattere sostanziale tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, atteso che, ove così fosse, non sarebbe mai possibile la depenalizzazione che incide sulla caratterizzazione della sanzione senza incidere sul precetto violato, e quindi, sull'oggetto di tutela del precetto. Proprio perché si tratta di attività discrezionale del legislatore, la natura dell'interesse rappresentato non può rappresentare elemento di discriminazione in ordine alla scelta del tipo di sanzione da collegarvi in caso di sua lesione (se penale o amministrativa), non essendovi alcun vincolo in tal senso, così A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione op.cit.* Sul punto anche V.DI GIOIA, *Le sanzioni amministrative, op.cit.*

17 R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa op.cit.* Tuttavia, la dottrina, con riferimento particolare alle sanzioni comminate dalle autorità indipendenti, ha osservato come non possa dirsi sussistere incompatibilità, in termini assoluti, tra "punire" e "amministrare", atteso che la sanzione, attraverso la sua funzione di deterrenza, non è che un modo di tutelare meglio, in via preventiva dati interessi pubblici, così F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. Dir. pubbl.*, 2003. Cfr anche *Cons. St., sez. VI, 29.01.2013 n. 542*.

Sul piano del diritto positivo, questo spiega perché la legge sulla depenalizzazione n. 689/1981 sia intervenuta solo per le sanzioni *in senso stretto* (ed in particolare per quelle pecuniarie), attraverso un procedimento che è più garantistico di quello che previsto dalla legge 241/1990, in quanto assicura non tanto la presentazione di mere “osservazioni”, ma piuttosto l’audizione personale dell’incolpato e il deposito di “scritti difesivi”¹⁹.

Così individuato l’oggetto e l’ambito di applicazione del procedimento disciplinato dalla legge n. 689/1981, sembra quindi ineludibile che le sue regole debbano essere necessariamente tarate sulla base degli medesimi criteri che governano la fase processuale eventualmente azionabile.

La Cassazione invece, con la richiamata sentenza n. 1786/10, premesso che nel procedimento contemplato dalla legge n. 689/1981 ciò che rileva non è tanto l’atto quanto il *fatto*, ha rimarcato la netta differenza tra questo procedimento e quello più generale regolato dalla legge n. 241/1990, facendo discendere da tale assunto, definito “*oggettivamente inattaccabile*”, il corollario per cui l’emanazione dell’atto sanzionatorio non soggiace a regole motivazionali, né al rigore assoluto dell’iter procedurale come è, invece, per gli atti amministrativi discrezionali e comunque di natura provvedimentoale. Ma non solo. La Corte afferma il principio della non indispensabilità della partecipazione procedimentale dell’incolpato, anche laddove quest’ultimo ne faccia esplicita richiesta ai sensi dell’art. 18) della l. n. 689/1981, in quanto “(...) *l’audizione è preordinata all’esposizione di elementi favorevoli alla propria tesi che l’interessato vuole far conoscere all’Autorità preposta all’adozione dell’ordinanza (...)*”.

La conclusione, a nostro giudizio inaccettabile, cui giunge il giudice di legittimità è che “(...) *la tutela del trasgressore non è lesa dal mancato uso di tale facoltà, atteso che quelle ragioni potranno senza dubbio essere prospettate in sede giurisdizionale*”.

La prima obiezione a quanto sostenuto dal supremo giudice non può che partire dal dato normativo: l’art. 18) della legge n. 689/1981 prevede, dal lato del cittadino *incolpato*, la “facoltà” di presentare scritti difensivi mentre, dal lato dell’autorità competente alla irrogazione della sanzione, un vero e proprio “obbligo” al relativo esame. Il che avvalorava l’idea che l’intento deflattivo che ha portato il legislatore a depenalizzare talune fattispecie criminose riducendole a illeciti amministrativi, non può ragionevolmente ridurre il previsto diritto di difesa dell’“incolpato” a una

18 A differenza della funzione amministrativa, che è cura degli interessi contrapposti da ponderare in un procedimento amministrativo, il potere punitivo si collega ad una finalità di prevenzione, quale reazione alla violazione di un precetto, non dissimilmente da una sanzione penale, P.CERBO, *Le sanzioni amministrative*, op. cit.

19 In tal senso, F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, fasc. 2, 2014.

attività della fase istruttoria, rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione sanzionatrice; ciò finirebbe per costituire un grave fatto di denegata giustizia, laddove il cittadino, scoraggiato dal dover percorrere la più lunga e onerosa via giurisdizionale, fosse indotto, *ob torto* collo, ad accettare un verdetto lacunoso e, quindi, ingiusto.

La seconda obiezione si appunta sulla natura della sanzione. Atteso che non è da porre in discussione il fatto che la posizione del sanzionato sia una situazione di "diritto soggettivo"²⁰, l'affinità del provvedimento sanzionatorio ad un atto giurisdizionale, ovvero ad una sentenza, ne fa pacificamente riconoscere il carattere di atto paragiurisdizionale, ovvero di atto che, pur non catalogato dalla legge come tale, ne condivide appieno tutti i caratteri.

Ed infatti, come per le sentenze, l'ordinanza ingiunzione ex l. 689/1981 costituisce titolo esecutivo e va "notificata" al soggetto destinatario della sanzione, anche da parte di un funzionario dell'amministrazione, ma sempre con l'osservanza delle formalità sancite dal c.p.c. per la notifica degli atti giudiziari, a pena di nullità. A ciò deve aggiungersi che la proposizione del ricorso in opposizione non ha effetto immediatamente sospensivo, il che rinforza la necessità di una tutela soddisfattiva, sotto il profilo del diritto di difesa, già in sede procedimentale. Ma che la procedura da cui scaturisce l'atto sanzionatorio di cui alla legge n. 689/1981 assuma caratteri peculiari e più vicini a quelli scanditi in ambito processuale, emerge anche dalla netta separazione stabilita tra la funzione istruttoria, affidata ad appositi organi accertatori (la cui produzione finale è il verbale di accertamento) e la funzione decisoria di competenza di un diverso organo dell'amministrazione (c.d. *judge versus jury*) il quale, anche sulla base del contributo istruttorio offerto dall'incolpato (con scritti difensivi e audizione personale ex art. 18), è chiamato ad emettere l'ordinanza di ingiunzione di pagamento o, eventualmente, ad archiviare²¹.

Né va sottaciuto che alla P.A., nella sua veste di autorità sanzionatrice, compete una *discrezionalità* che è propria dell'autorità giudiziaria (c.d. *discrezionalità giudiziale*²²), in quanto la stessa è chiamata a stabilire il *quantum* della sanzione alla luce non solo della gravità oggettiva della violazione, ma anche in base ad altri elementi che riportano alla sfera soggettiva ovvero, l'opera riparatoria svolta

²⁰ P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, op. cit.

²¹ Da evidenziare il fatto che, invece, nei procedimenti sanzionatori delle Autorità Indipendenti disciplinati da normative di settore, questa differenza non è regimentata, come ricordano i casi *Menarini* (2011) e *Grande Steavens* (2014) al vaglio della Corte di Strasburgo.

²² Sul concetto di *discrezionalità giudiziale* contrapposto alla discrezionalità amministrativa tipica dell'amministrazione cfr. F. GOISIS, *Verso una nuova nozione*, op.cit. che, alla Nota 13, richiama altri autori (Paliero -Travi, Travi, Capaccioli).

dall'agente in ossequio al precetto normativo, la personalità dello stesso e le sue condizioni economiche (art. 11 l. 689/1981); tutte situazioni che non consentono di prescindere dal rispetto del diritto al *contraddittorio*, pena la violazione dell'art. 111 Cost., soprattutto ove lo stesso è espressamente contemplato dalla norma.

Avvalorando una interpretazione restrittiva dell'art. 111 Cost. la giurisprudenza ritiene, invece, che i richiamati principi sul diritto di difesa e sul giusto processo, siano direttamente riferibili solo ai giudizi instaurati innanzi agli organi giurisdizionali (C.C.SS.UU.n. 20935/2009), e ciò sull'assunto che il procedimento amministrativo, quand'anche finalizzato alla emanazione di un atto di irrogazione di sanzioni amministrative in senso stretto, non sarebbe comunque assimilabile ad un *giudizio* e neppure sarebbe possibile una totale equiparazione del principio del "giusto procedimento" a quello del "giusto processo". Ciò per due ordini di ragioni: *in primis* perché il *giusto procedimento* vincolerebbe al rispetto dei soli principi di parità di trattamento, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione ex articoli 3) e 97) Cost., oltre che, ovviamente, a quello di legalità, sempre sotteso all'attività della pubblica amministrazione; *in secundis* perché la garanzia della tutela cautelare sarebbe in grado di assicurare, nella fase giudiziale di opposizione alla ordinanza ingiunzione della sanzioni amministrative pecuniaria, un equilibrato contemperamento di interessi e quindi una tutela effettiva.

Ma una tale visione omette di riconoscere che, nelle more dell'esperimento del rimedio giurisdizionale, il provvedimento sanzionatorio, essendo immediatamente esecutivo, può comunque produrre effetti gravemente lesivi nella sfera giuridica del soggetto; senza contare che ad essere violato sarebbe comunque un altro principio rigorosamente vigente nel diritto penale, che è quello della presunzione di innocenza (contenuto anche nel secondo comma dell'art. 6 CEDU) e che implica il divieto di soggezione alla sanzione "penale" prima che sia concluso il processo.

Ecco allora che, dovendo rimanere entro gli schemi delle categorie classiche di "amministrazione" e "giurisdizione" come delineate dal diritto positivo, e ragionando in termini tradizionali, l'atto di irrogazione di sanzione amministrativa *in senso stretto* ex l. n. 689/1981, se non è riconducibile nell'ambito disciplinare del diritto amministrativo (qui rilevando non tanto l'atto quanto il "fatto", come sostiene la Cassazione del 2010), non può che afferire a quello penalistico, poiché nell'ordinamento italiano, *tertium non datur* (Cass. civ. sent. 20.05.2002 n. 7431). Dal che consegue che la garanzia del diritto di difesa, in questo specifico procedimento

amministrativo sanzionatorio, non possa affatto essere sacrificato, neppure temporaneamente²³.

Non sfugge, allora, che la *parità delle armi* nella formazione dell'atto sanzionatorio non può essere considerata come un semplice passaggio procedurale legittimamente prescindibile, soprattutto ove venga esercitata, da parte dell'incolpato, la facoltà di avere audizione, rispetto alla quale sorge l'obbligo, da parte della P.A. di concederla²⁴. D'altronde la sanzione inflittiva, al di là della sua catalogazione come "amministrativa", è indubitabilmente intrisa del carattere "penale" e, ciò, per la sua *natura* (paragiurisdizionale), per il *carattere punitivo* (incisione diretta ed immediata nella sfera patrimoniale del soggetto), per la *gravità della pena* (importo della sanzione che può raggiungere soglie anche elevate), per *l'applicazione della sanzione accessoria* (eventuale applicazione della sospensione dalla carica svolta, con conseguente grave danno anche alla onorabilità del soggetto). Il che, evidentemente, rende irrinunciabili le garanzie procedurali poste a sentinella dei diritti di difesa e parità delle armi.

3. ... uno sguardo dalla prospettiva europea.

Dal punto di vista strutturale il sistema giuridico sanzionatorio presenta una connotazione multilivello²⁵, dall'architettura solo in parte lineare, che vede affiancate alle tradizionali e stratificate norme nazionali²⁶ quelle di fonte comunitaria, ovvero il diritto europeo e le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Anche in Italia, dopo la riforma del titolo V della Costituzione che ha condizionato il potere legislativo statale al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ed internazionale, il tema delle sanzioni deve essere perciò considerato anche alla luce della nozione di "sanzione" contenuta nella Convenzione EDU²⁷. Si ricorda che la Corte di Strasburgo sin dal 1976, partendo dal presupposto della identità di funzioni tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, con la *Sent. 8.06.1976 caso n. 5100, Engel/Olanda*²⁸, ebbe a fissare i principali criteri sostanziali (alternativi) affinché una sanzione potesse definirsi, per l'appunto, "penale" secondo

²³ Sulla questione della competenza del giudice ordinario, ex art. 22) L. n. 689/1981 si rinvia a P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, op. cit.

²⁴ Corte Cass., sez. II, 11.06.2009 n. 13622; Corte Cass, sez. I, 21.07.2004 n. 13505.

²⁵ G. GRECO, *La convenzione europeo dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000.

²⁶ Le norme nazionali comprendono, a loro volta, quelle statali, regionali e degli enti locali, oltre che le determinazioni delle Autorità in dipendenti, sebbene queste ultime sono di difficile collocazione nel quadro della gerarchia delle fonti di diritto.

²⁷ La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) è stata siglata a Roma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953.

l'ordinamento sovranazionale²⁹, indicandoli nella natura della stessa (funzione punitivo-deterrente), nel sacrificio imposto al cittadino (severo e significativo³⁰), nella sua qualificazione (la sanzione deve essere ritenuta come "penale" dal diritto nazionale)³¹.

Secondo l'impostazione tradizionale, come innanzi brevemente illustrato, la sanzione amministrativa, al pari di quella penale, avrebbe natura afflittiva; la procedura contemplata dalla legge n. 689/1981 non sarebbe un procedimento amministrativo canonicamente inteso; il potere esercitato dall'amministrazione in questo caso non sarebbe esercizio del potere discrezionale e, quindi, l'atto sanzionatorio non sarebbe neppure un provvedimento in senso amministrativo.

Cionondimeno la *Cassazione*, con la sentenza n. 1786/2010, è pervenuta sostanzialmente alla conclusione che le valutazioni e la retribuzione dei comportamenti dell'incolpato, relativamente al fatto contestato in sede amministrativa, possano essere restituite in sede giurisdizionale in quanto solo precariamente traslate nell'attività amministrativa e sanzionate con un atto (l'ordinanza ingiunzione) che è solo soggettivamente amministrativo³². Linea, questa, sulla quale si è posta anche la giurisprudenza europea allorché, con la nota sentenza *Grande Stevens* (*Corte.eur.uomo 04.03.2014*) emessa in tema di sanzioni Consob, pur affermando che le procedure di irrogazione delle sanzioni devono garantire il livello di tutela assicurato dall'art. 6) CEDU, ha tuttavia precisato che tali tutele non debbono essere necessariamente soddisfatte nella fase amministrativa, ben potendo essere recuperate, ai fini convenzionale, nella successiva fase giurisdizionale davanti ad un giudice dotato di *full jurisdiction*, il quale ha la possibilità di riesaminare, punto

28 Questo arresto, che riguardava un caso di irrogazione di sanzioni detentive disciplinari-militari, inaugurò una giurisprudenza sostanzialmente consolidatasi nel 1984 con la *sentenza sul caso Ozturk/Germany, Corte eur. Dir. uomo 21.02.1984 caso n. 8544/79*, in tema di sanzioni pecuniarie per violazioni stradali. In dottrina si rinvia a C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo: una questione classica a una svolta radicale", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985.

29 C.d. *Engel criteria*.

30 Il principio secondo cui la sanzione, perché sia definita penale ai sensi CEDU, è sufficiente che sia tale per la sua "natura" o perché dotata di una sua relativa "severità", è stato ultimamente ribadito anche dalla sentenza *Corte eur. dir.uomo 14.01.2014, caso 32042/2011, Muslija v. Bosnia Herzegovina punto 26*.

31 Invero, la qualificazione formale che una data sanzione riceve nell'ordinamento nazionale non è in alcun modo dirimente ai fini della applicabilità delle garanzie convenzionali previste dall'art. 6) CEDU, atteso che, per quanto la Convenzione non vieti agli Stati di stabilire o di mantenere al proprio interno una netta distinzione tra le varie categorie di illecito, da tali classificazioni non discende alcun valore vincolante ai fini del diritto europeo.

32 R.GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it 2013; G. CANESCHI, *I confini di applicazione del principio del contraddittorio in sede extra penale*, in *Diritto penale contemporaneo* n. 2/2016.

per punto, in fatto e in diritto, la fattispecie sanzionatoria, ponendo in essere un sindacato pieno e sostitutivo sull'operato dell'amministrazione³³.

Ma l'approdo a questa conclusione non appare condivisibile, in particolare nel caso del procedimento sanzionatorio ex l. 689/1981, atteso che il mancato riferimento ad un esplicito obbligo di garanzia del "contraddittorio orizzontale" rispetto all'autorità decidente, non può far escludere l'esistenza di un nucleo irrinunciabile di diritti ricompresi nella nozione di "giusto procedimento". Anzi. La tendenza del nostro ordinamento ad assimilare il giusto procedimento al giusto processo è stata normata proprio nella l. 689/81 che, all'art. 18) espressamente sancisce il diritto ad essere ascoltato.

D'altra parte, se è vero che i diritti fondamentali ad un equo processo, consacrati anche dall'art. 6) Corte EDU³⁴, per la valenza "sostanziale" loro riconosciuta dalla stessa Corte europea sono stati recepiti nell'ordinamento italiano con la legge n. 241/1990 che ha introdotto in via generale il principio di giusto procedimento³⁵, a maggior ragione non è pensabile che, nel procedimento amministrativo di irrogazione di sanzioni amministrative in senso stretto, i diritti partecipativi a

33 Nello stesso senso della sentenza *Grande Stevens*, la giurisprudenza italiana con *Cons. Stato sez. VI, 26.03.2015 n. 1595 e 1596*. Inoltre, secondo le pronunce del *TAR Lazio, sez. II, 27.11.2014 n. 11886 e 11887* (confermate anche in appello) e relative sempre a ricorsi avverso procedure delle Autorità Indipendenti, il procedimento amministrativo teso all'applicazione delle sanzioni *marke abuse* rappresenterebbero solo una prima fase di un unico procedimento, seguita da due successive fasi di natura giurisdizionale (giudizio di opposizione dinanzi alla Corte d'Appello e giudizio innanzi alla Corte di Cassazione), sul punto cfr. B. RAGANELLI, *TAR Lazio Sez. II, 27 novembre 2014 nn. 11886 e 11887*, in *Foro it.*, 2015. Diversa e contraria la risposta in un altro caso in cui il Consiglio di Stato, in via cautelare, aveva, invece, ritenuto accoglibile il ricorso avverso le sanzioni amministrative per violazione di norme del giusto procedimento, *Cons. St., sez. VI, ordinanze 02.10.2014 n. 4491 e 4492*. Sul tema del *full jurisdiction* si rinvia a M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in *www.iuspublicum.com*, Dicembre 2014.

34 Per "equo processo" la Corte EDU intende quel giudizio vincolato alle regole di imparzialità dell'organo decidente, alla autonomia della fase istruttoria da quella decisoria, al contraddittorio delle parti intorno alle prove testimoniali e documentali e all'udienza pubblica di discussione. A livello nazionale la nozione di "giusto processo" (che al suo interno accoglie e precisa ulteriormente quella di contraddittorio) è stata introdotta dalla legge cost. 23.01.1999 n. 2 e, per quanto sia stata ispirata da ragioni legate al processo penale, le previsioni di carattere generale riportate in particolare nei primi due commi dell'art. 111 Cost., sono riferite anche alla giustizia civile e a quella amministrativa, così G. CONSO, *Conclusioni*, in AA VV, *Il giusto processo*, Milano, 1998.

35 Al principio del "giusto procedimento", anche in rapporto ai risvolti connessi alla partecipazione e al contraddittorio, è stata riconosciuta, entro certi limiti, valenza costituzionale (*Corte Cost. 23.03.2007 n. 103*). Sulla rilevanza procedimentale dell'art. 6) CEDU, cfr S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi del diritto pubblico globale*, Il Mulino 2009 .

valenza specificamente “difensiva”, possano essere postergati ³⁶. Non sembra affatto essere questa la *funzione maieutica* svolta della Corte di Strasburgo che pure la dottrina ha riconosciuto alle sentenze del giudice europeo (*Corte EDU*)³⁷.

Quanto sia fondamentale ed irrinunciabile il diritto partecipativo nel modello procedimentale regolato dalla legge sulla depenalizzazione, lo si comprende anche guardando alla misura della sanzione comminata, che può essere notevolmente gravosa, e ciò vale non solo per quella principale, che è pecuniaria, ma anche per quella accessoria che può portare alla sospensione della carica sociale ricoperta dall'incolpato.

A tal proposito è emblematico l’atteggiamento prudenziale assunto dalla Corte di Strasburgo la quale, sebbene in tema di sanzioni accessorie, ha esortato ad una certa cautela nel sostenere l’ammissibilità della compensazione, in sede processuale, di carenze afferenti garanzie procedurali³⁸. Medesima cautela che, a nostro avviso, deve valere anche nella applicazione della sanzione principale, poiché è fondamentale che i processi di adattamento di sistemi giuridici diversi, come in questo caso, avvengano in un quadro di massima coerenza.

Un altro singolare “adattamento” delle norme interne al diritto sovranazionale, ha riguardato l’istituto della confisca di veicolo utilizzato dal conducente responsabile del reato di guida in stato di ebbrezza. Infatti, sebbene nel nostro sistema penale la confisca di un bene sia normalmente inquadrata come misura di sicurezza (al fine di evitare il rischio che il bene possa essere riutilizzato per commettere altri reati), i giudici costituzionali hanno invece qualificato tale istituto, contemplato nel Nuovo Codice della Strada (Dlgs 285/1992), come misura accessoria, riconnettendo alla stessa una funzione sanzionatoria e meramente afflittiva (*Corte Cost. 04.06.2010 n. 196*)³⁹; e ciò per il fatto che la confisca non solo è applicabile a prescindere dalla utilizzabilità del mezzo (perché incidentato o temporaneamente inutilizzabile) ma anche perché la sua operatività non impedisce all’imputato di impiegare altri veicoli. Peculiare inquadramento, questo, che si riflette anche sulla

³⁶ S. CIMINI, *Sanzioni amministrative*, op. cit.; A. POLICE, *La tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; F. GOISIS, *La tutela del cittadino*, op. cit.,.

³⁷ M. CHIAVARIO, *La “lunga marcia” dei diritti dell’uomo nel processo penale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo - R.E. Kostoris, Torino, 2008 (richiamato nella Nota n. 27 da G. CANESCHI, *I confini di applicazione del principio del contraddittorio in sede extra penale*, in *Diritto penale contemporaneo* n. 2/2016).

³⁸ B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela de contraddittorio procedimentale*, in *Giorn. di dir. amm.*, n. 4/2015.

³⁹ La Consulta ha osservato che in vista della qualificazione di un provvedimento come sanzione penale, la Corte europea abbia attribuito alternativamente rilievo a tal fine o alla natura stessa dell’illecito ovvero alla gravità, o meglio, dal grado di severità della sanzione irrogata (*Corte Cost. 04.06.2010 n. 196*).

questione della retroattività della sua applicazione. Ma la cosa che sembra di maggior interesse, ai fini della incidenza del diritto europeo nel nostro impianto giuridico, è che proprio affrontando la questione delle sanzioni reali di confisca di beni, con la sentenza sul caso Welch, sia stata sdoganata l'idea stessa della incompatibilità della finalità punitiva (propria del caso Engel)⁴⁰.

Non senza suscitare perplessità in dottrina⁴¹ è infatti emersa l'idea che il concetto di sanzione penale, rilevante ai fini CEDU, ben tollerati al suo interno la compresenza di finalità sia afflittive-dissuasive, sia di cura concreta dell'interesse pubblico⁴², facendo registrare una presa di posizione distante anni luce dal concetto nazionale di sanzione amministrativa che invece, come si è avuto modo di mettere in rilievo, depura la funzione amministrativa punitivo-afflittiva da ogni contenuto discrezionale e, quindi, di cura dell'interesse pubblico⁴³. Posizione quest'ultima che, tuttavia, come ha osservato attenta dottrina, proprio sotto la spinta della CEDU meriterebbe di essere rimeditata⁴⁴.

40 Questo importante assunto era stato già affermato dalla giurisprudenza europea e richiamato anche nella sentenza della C.Cost.n.196/2010. Ci si riferisce alla sentenza della *Corte eur.dir.uomo del 9.02.2005, causa n. 307-A/1995, caso Welch v. The United Kingdom* in una ipotesi di confisca per equivalente.

41 In particolare la dottrina pur riconoscendo che, se per garantire l'effettività del diritto della Convenzione è fuor di dubbio la necessità di adattare i principi della Convenzione europea alle norme nazionali, ha tuttavia sottolineato che sarebbe opportuna una maggiore prudenza laddove ci si confronti con fattispecie sanzionatorie amministrative di dubbia natura afflittiva-special-preventiva, in tal senso A. TRAVI, *Corte cost. 4 giugno 2010 n. 196*, in *Giur.cost.*, 2010. A sottolineare la portata trasformatrice dell'approccio sostanzialistico ed antielusivo imposto dalla CEDU e recepito dalla consulta, anche V. MANES, *La confisca punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario di una "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011.

42 D'altra parte, che la funzione svolta dalle sanzioni amministrative non si esaurisca nell'accertamento e nella punizione delle infrazioni, ma si qualifichi anche come strumento di tutela (indiretta) di uno specifico *interesse pubblico*, è stato sottolineato pure dalla Corte Costituzionale allorché ha affermato che le sanzioni amministrative, a differenza di quelle penali, costituiscono un momento ed un mezzo di cura dei concreti interessi pubblici affidati all'amministrazione (*Corte Cost. 14.04.1998 n. 447*).

43 In tal senso si richiamano G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino 1924; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, *op.cit.*; C.E.PALIERO-A.TRAVI, *Sanzioni amministrative* (voce), *op.cit.* Ad ogni modo, come sottolineato dalla sentenza *Corte eur.dir.uomo 9.10.2003 casi nn. 39665/98 e 40086/98, Ezeh v. United Kingdom*, va ricordato che, a differenza del nostro sistema giuridico, nella gran parte degli ordinamenti, la sanzione penale non serve affatto solo a perseguire un'astratta finalità di giustizia retributiva, ma bensì e soprattutto, anche a prevenire la futura ripetizione di illeciti lesivi del medesimo bene; finalità generale o special preventiva imposta in Italia dall'art. 27) co. 3 Cost. a tenore del quale "*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*". Questo a dimostrazione che a finalità preventiva e quella punitiva non sono affatto in contrasto.

44 S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Editoriale Scientifica, 2017, muovendo dall'assunto che il carattere afflittivo di una misura non è incompatibile con l'esercizio di una funzione amministrativa, mette in luce come le sanzioni

4. ... dalla prospettiva del diritto amministrativo.

Fin qui si è ragionato prendendo a modello il procedimento-tipo dettato dalla legge n. 689/1981. Tuttavia il procedimento sanzionatorio è comunque un procedimento amministrativo ed in quanto tale non può sottrarsi ai principi generali dettati dalla legge n. 241/1990, come emerge anche dal testo dell'art. 24) della legge n. 262/2005⁴⁵ laddove infatti il legislatore ha espressamente disposto che, ai procedimenti amministrativi per l'adozione di provvedimenti individuali delle Autorità Indipendenti nel settore finanziario, si applicano, in quanto compatibili, i principi sul responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti dettati dalla legge n. 241/1990⁴⁶. E proprio questi *principi* costituiscono la chiave di volta della evoluzione che, sotto la spinta propulsiva del diritto comunitario, nell'ultimo trentennio ha interessato l'ambito del diritto amministrativo, portando questa disciplina a maturare una visione nuova dei rapporti tra autorità amministrativa e amministrati, non solo dal punto di vista sostanziale⁴⁷ ma pure sotto il profilo processuale⁴⁸, ponendo al centro del sistema il

amministrative siano espressione di un potere autoritativo che può essere anche discrezionale e che l'eventuale discrezionalità lasciata dal legislatore nell'esercizio del potere sanzionatorio va necessariamente spesa dalla P.A. prima dell'irrogazione delle sanzioni. L'Autore sottolinea come questa prospettiva sia compatibile con i principi generali dell'illecito amministrativo, con la giurisprudenza europea e con la giurisdizione di merito attribuita, nella materia in esame, al giudice nazionale. Inoltre chiarisce come il riconoscimento della natura amministrativa del potere sanzionatorio implica che ad esso si debbano applicare i principi generali del procedimento amministrativo e mostra come valorizzando tali principi, in particolare il principio del giusto procedimento, ed applicando la normativa nazionale, più che l'art. 6) CEDU, sia possibile arrivare ad una procedura amministrativa sanzionatoria giusta ed equa.

45 Legge 28 dicembre 2005, n. 262: *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*".

46 Parte della giurisprudenza ritiene inapplicabile i principi della legge 241/1990 ai procedimenti sanzionatori di cui alla legge n. 689/1981 e, ciò, non solo per via della asserita natura di *lex specialis* della legge sulla depenalizzazione, ma anche per il fatto che tale legge prevederebbe un livello di tutela dell'interessato non inferiore al *minimum* assicurato dalla legge sul procedimento (Cass. 15.05.2007 n. 11115). Circostanza, questa, smentita tuttavia dalla mancanza della fissazione normativa di un termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio che, quindi, è stato fissato, in via pretoria, in quello prescrizione di cinque anni, con un inevitabile allentamento delle garanzie di certezza e celerità dell'azione amministrativa sancite a livello comunitario nonché dalla legge 241/1990.

47 Si ricorda come proprio l'istituto della "partecipazione" abbia assunto una nuova dimensione all'interno del procedimento, non essendo più relegato, come era in origine, a fornire all'amministrazione un apporto in termini meramente collaborativi, ma rispondendo, piuttosto, ad una logica di garanzia di più ampio respiro non differente, nella sostanza, da quella di cui all'art. 24 Cost.

48 Soprattutto a partire dalla legge n. 104/2010 con la sempre più frequente estensione dell'oggetto del giudizio al "rapporto", cfr. *C.Cost. n. 179/2016* e *Cons. Stato A.P. n.*

cittadino, con la sua sfera di interessi personali da perseguire e di tutele da veder assicurate. Anzi, proprio questa nuova centralità ha finito per sdrammatizzare il tema stesso della mancata costituzionalizzazione, nel diritto nazionale, del principio di giusto procedimento⁴⁹; principio che trova invece esplicita affermazione nella legge 241/1990⁵⁰.

E' noto che la resistenza della giurisprudenza costituzionale e amministrativa nel riconoscere, per lungo tempo, pienezza di tutela alle situazioni giuridiche soggettive, è da ricondurre ad una impostazione sistematica che colloca l'interesse pubblico in una posizione di supremazia rispetto all'interesse dei privati ad esso contrapposti⁵¹ e che, esaltando del momento procedurale i suoi profili di autorità, considera il procedimento e il processo come due entità nettamente separate, in quanto rispondenti a funzioni diverse, in una logica di potestà il primo e di garanzia il secondo. Va da se che, in questo modo, il principio del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., che sottende come irrinunciabile il contraddittorio, non può che essere relegato al solo ambito processuale⁵².

Ma è stato proprio grazie alla emanazione della legge n. 241/1990 (soprattutto nella sua prima stesura⁵³) che nel nostro ordinamento hanno fatto ingresso principi comunitari tesi a valorizzare e garantire la partecipazione del cittadino al

3/2011.

49 Si osservi che nell'ordinamento italiano il procedimento è stato generalmente valutato "giusto" se, al suo interno, gli interessati erano posti in grado di esporre le proprie ragioni e di esperire i propri rimedi, così *Corte Cost. 02.03.1962 n. 13*.

50 La più autorevole dottrina aveva già osservato che "il contraddittorio" è un principio giuridico di carattere costituzionale che rileva ogni qualvolta la funzione svolta sia retta dalle ragioni di imparzialità, come è nel caso del procedimento amministrativo, cfr F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (principio del) (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, 1961. Tuttavia la Consulta (*Corte Cost. 02.03.1962 n. 13*) riconobbe al *giusto procedimento* solo valore di principio dell'ordinamento giuridico dello Stato e, in quanto tale, vincolante esclusivamente per il legislatore regionale. La giustizia amministrativa, invece, per lungo tempo non solo ha negato valore costituzionale al giusto procedimento, ma non ne ha riconosciuto neppure il valore di principio generale dell'ordinamento, Cons.Stato, sez.IV, 20.01.2004 n. 1559. Tuttavia, negli anni '80 si è registrata una rivalutazione del suddetto principio al punto da riconoscere alla partecipazione procedimentale *funzione integrativa* anche di procedimenti amministrativi disciplinati da disposizioni anteriori (*C.Cost. n. 57/1995*). La Corte Cost., con il successivo *arresto n. 210/1995*, ha affermato il principio del giusto procedimento come un "*criterio di orientamento tanto per il legislatore quanto per l'interprete*". Sul tema, si segnala A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016; G. SCIULLO, *Il principio del "giusto procedimento" tra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, Jus, XXXIII, 1986; G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazione della Costituzione*, in giustamm. agosto 2020.

51 S. MANGIAMELI, "*Giusto procedimento" e "giusto processo"*. *Considerazioni sulla giurisprudenza amministrativa tra il modello dello Stato di polizia e quello dello Stato di diritto*, Conferenza giuristi cattolici, Roma, 2009.

52 G. SCIULLO, *Il principio del "giusto procedimento"*, *op.cit.*.

procedimento amministrativo, nell'ottica di quello che era il pensiero del suo padre fondatore, Mario Nigro, il quale muovendo da una prospettiva opposta a quella fino ad allora condivisa dalla dottrina, aveva già colto la profonda affinità tra procedimento e processo nella prospettiva della tutela del cittadino. L'autorevole autore affermava che la legge di codificazione del procedimento amministrativo doveva essere costruita non come una semplice silloge di regole di azione indirizzate alla P.A. (secondo la tradizionale ed oramai superata dicotomia guicciardiana, *norme di azione* e *norme di relazione*), ma con l'ambizione di porsi come strumento per l'affermazione di una nuova e originale concezione della relazione tra amministrazione e amministrati; il che significava spostare l'attenzione dal provvedimento amministrativo in sé considerato "al suo farsi"⁵⁴. E' chiaro che, in quest'ottica, centralità di ogni procedimento divenivano la fase preparatoria e quella dell'istruttoria, con l'ulteriore vantaggio di consentire anche un più efficace controllo giudiziale sull'attività dell'amministrazione.

E, tra i principi generali del diritto comunitario che hanno contribuito al *remake* del modello tradizionale di procedimento amministrativo, vi è *in primis* l'art. 41) della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea il quale, nel garantire le istanze di una "buona amministrazione", al comma 2, lettera a) prevede "il diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio". Tale dato testuale va ad integrarsi, sotto il profilo logico-sistematico, con gli articoli 47) e 48) della Convenzione EDU i quali impongono la tutela, dinanzi al giudice, dei diritti di difesa e di tutti gli altri diritti riconosciuti a livello europeo.

Un ulteriore contributo in questa direzione è arrivato anche da una lettura in termini sostanziali dell'art. 6) CEDU il quale, sebbene contenga le regole affinché l'*accusato* possa avere diritto ad un "processo equo", viene applicato dalla Corte europea anche alla fase stragiudiziale del rapporto tra cittadino e P.A., ovvero al procedimento amministrativo⁵⁵. Ciò è stato possibile grazie alla interpretazione che la Corte di Strasburgo ha fornito della nozione di "tribunale" ivi richiamata

53 E' stato osservato come con la legge n. 15/2005, che nella legge 241/1990 ha introdotto l'art. 21 *octies*, l'*efficienza* è parsa prevalere sulla *garanzia* e sulla *democratizzazione*, atteso che, privilegiando i profili sostanziali a quelli formali, il comma 2 di tale articolo ha consacrato una sorta di sanatoria processuale della mancata comunicazione di avviso di avvio di procedimento, operando di fatto uno svuotamento della regola sulla partecipazione procedimentale, G. MANFREDI, *Giusto procedimento*, *op.cit.*

54 M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv.dir.proc.*, 1980.

55 *Cons. Stato*, sez.V, 10.01.2007 n. 36.

privilegiandone i profili funzionali (piuttosto che quelli organizzativi), in ragione del fatto che l'effetto di modificazione prodotto da un provvedimento amministrativo non è diverso da quello prodotto da una sentenza. Infatti, tanto nel processo, quanto nel procedimento, il *tribunale* (organo decidente) pronuncia una decisione in grado di produrre una modificazione della realtà esterna con effetti potenzialmente lesivi della sfera giuridica dei soggetti terzi⁵⁶.

Applicare in ambito amministrativo l'art. 6) CEDU ha significato quindi tendere alla costruzione di un sistema mirante ad assicurare la garanzia del contraddittorio procedimentale e, di conseguenza, una tutela "effettiva" del cittadino nei confronti dell'amministrazione. Tutto questo ha contribuito ad una trasformazione del modo di intendere il rapporto tra potere costituito e amministrati il quale, da una concezione *formale*⁵⁷ (in cui centrale era il provvedimento), passando per una impostazione *funzionale* (ove il procedimento era inteso come luogo di trasformazione del potere) è approdato ad una concezione *garantistica*, poi recepita dal legislatore italiano del 1990, in cui il procedimento diviene la sede in cui al privato è assicurata la rappresentanza e la tutela dei propri interessi.

Quindi, quello che sotto la lente del diritto comunitario cambia, rispetto al tradizionale modo intendere il principio di buona amministrazione, è che ora tale principio non è più letto in funzione della efficacia della pubblica amministrazione ("*ex parte principis*") ma, piuttosto, in funzione dei diritti dei cittadini ("*ex parte civis*")⁵⁸, attuandosi così, nel nostro diritto nazionale, quel meccanismo che va sotto il nome di *spillover effect*, per cui un principio di carattere generale, sancito a livello comunitario, pervade positivamente anche il diritto nazionale dei singoli paesi membri, soprattutto quando lo stesso è coerente con l'assetto costituzionale ivi vigente⁵⁹.

56 F.GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013.

57 Sulla impostazione *formale* del procedimento amministrativo cfr. A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; F. PADRONI GRIFFI, *Il procedimento amministrativo ieri, oggi e domani*, in *Federalismi*, n. 3/2015.

58 Sul punto si rinvia a S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione (relaz. alla «Giornata sul diritto alla buona amministrazione» per il 25° anniversario della legge sul «Sindic de Greuges» della Catalogna*, Barcellona, 27 marzo 2009 in www.lrpa.eu.

59 D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di Mario Chiti, Milano, 2013 il quale spiega che per effetto di tale meccanismo è possibile ritenere che il livello di garanzia solennemente prescritto dal diritto euro-unitario, si "comunichi", beneficamente, anche al diritto interno, attivando risorse latenti nel dettato costituzionale, perfettamente in grado di recepirne gli effetti e di legittimarli ad ogni livello dell'azione amministrativa.

La legge 241/1990, impregnata della visione comunitaria, rappresenta allora l’emblema di una svolta culturale nel modo di concepire non solo il rapporto “pubblica amministrazione-privato” ma, prima ancora, quello tra “interesse pubblico-interesse privato”; binomi questi che, dalla dottrina più illuminata, sono ora posti non più in termini di contrapposizione ma piuttosto di “relativa” paritarietà (nel primo caso) e di compenetrazione (nel secondo caso).

Sebbene non sia questa la sede per indagare il tema delle ragioni storico-politiche che hanno portato a questo cambio di prospettiva nel rapporto tra amministrazione pubblica e cittadini, dovuto sostanzialmente ad una crisi della democrazia rappresentativa, sta di fatto che tale fenomeno ha indotto alla ricerca di nuovi canali di partecipazione⁶⁰. Ed è proprio da questo nuovo processo di democratizzazione della vita pubblica che bisogna partire per comprendere i mutamenti in atto cui innanzi si è accennato⁶¹.

In un modello di governance multilivello come quello che attualmente tipizza i sistemi giuridici occidentali, una rappresentazione dell’*interesse pubblico* nei termini tradizionalmente intesi, ovvero come “*codice operativo capace di guidare, ordinare ed orientare in modo unitario e coerente la valutazione degli interessi emergenti nei singoli contesti problematici*”⁶², è chiaramente semplicistica ed inattuale, per la ragione che l’interesse pubblico non è, e non può configurarsi semplicemente come una nozione “preconfezionata”, ovvero un valore in sé, e tanto meno un valore superiore o contrapposto a quello privato.

Secondo un’accezione più moderna, l’interesse pubblico è allora da considerare anch’esso nel suo “farsi”, in quanto designa il risultato di una valutazione e di un apprezzamento specifici dell’amministrazione, condotti in base ad una norma e avente per oggetto interessi privati o comunque interessi tra loro omogenei. Detto altrimenti, corrisponde a quell’interesse che l’amministrazione identifica come *prevalente* alla stregua di una norma e in coerenza con il canone della imparzialità, per l’attuazione del potere discrezionale.

60 Il riferimento è al fenomeno delle privatizzazioni e liberalizzazioni, alla eterogeneità dei modelli organizzativi della P.A., alla espansione della funzione di regolazione, all’impiego di moduli atipici anche nel diritto amministrativo, all’ingresso di tecniche procedurali, all’ingresso di soggetti privati nell’esercizio della funzione pubblica, all’utilizzo di moduli privatistici, alla partecipazione non più relegata nell’ottica meramente collaborativa e oppositiva ma anche come partecipazione attiva al bene comune, nella elaborazione di nuovi modelli pluralistici, paritari e relazionali, ispirati alla c.d. *sussidiarietà orizzontale*, ecc.

61 Per un’interessante analisi della partecipazione letta in questa chiave, si rinvia a F. SCIARRETTA, *La dimensione inclusiva dei processi decisionali pubblici quale forma di legittimazione dei poteri pubblici*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

62 A. TRAVI, *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni ’90*, in *Foro Italiano*, 1997.

Un contributo fondamentale a questa nuova dimensione dell'interesse pubblico, è arrivato dalla affermazione della natura sostanziale dell'*interesse legittimo* la cui tutela, per lungo tempo confinata alla sfera processuale dall'art. 3) della LAC (legge n. 2248/1865), e poi assunta a valore costituzionale dagli articoli 24) e 113) Cost⁶³, viene ora riconosciuta e garantita dalla legge 241/1990, grazie anche alla valorizzazione della partecipazione procedimentale, come situazione giuridica autonoma e non più ancillare o strumentale rispetto al canone dell'interesse pubblico⁶⁴. Per completezza va detto che tale processo di emancipazione è stato favorito, inoltre, dalla definitiva caduta del dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi⁶⁵ che ha inciso, non solo su un ripensamento delle tecniche di tutela predisposte e consentite dall'ordinamento (così riducendo la distanza, sotto il profilo delle garanzie di tutela, tra diritti soggettivi e interessi legittimi), ma ha spinto la riflessione della dottrina sugli elementi strutturali di questi interessi e, segnatamente, sull'oggetto della situazione giuridica soggettiva, ove coinvolta nell'esercizio delle funzioni istituzionali da parte della P.A.

Infatti con la codificazione del procedimento amministrativo l'istituto della partecipazione del cittadino, oltre a rappresentare un principio di carattere generale (salvo le eccezioni espressamente enumerate dall'art. 13 della legge 241/1990),

63 Sul punto si rinvia a G. GRECO, *Le situazioni giuridiche soggettive e il rapporto procedimentale*, in Contessa-Greco *L'attività amministrativa e le sue regole*, Piacenza, 2020.

64 G. GRECO, *Le situazioni giuridiche, op.cit.* che, a nota 25, rinvia a A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2013.

65 Si ricorda come questo importante passaggio è avvenuto grazie alla storica sentenza C.Cass. SS.UU. 22.07.1999 n. 500, la quale tuttavia, dopo aver affermato la risarcibilità degli interessi legittimi ed offrendo così una lettura innovativa dell'articolo 2043 c.c. (ovvero, ammettendo la risarcibilità a causa della lesione di un qualsiasi interesse giuridicamente rilevante), precisava che ciò non implicava automaticamente la risarcibilità della categoria generale degli interessi legittimi, ma occorreva che l'interesse al bene della vita leso fosse considerato meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. In dottrina è stato sottolineato l'importanza di questo passaggio della sentenza della Cassazione, atteso che, da un lato si riservava al giudice amministrativo il potere di verificare, attraverso un giudizio prognostico, i casi di esistenza o meno di un danno *contra jus* (prevenendo così una eccessiva esposizione delle finanze pubbliche a iniziative risarcitorie), dall'altro però, la nozione di interesse legittimo veniva sdoppiata, tale situazione giuridica configurando sia un potere in grado di incidere sull'azione amministrativa, sia un interesse al "bene della vita", il quale costituiva, in realtà, l'interesse sostanziale del privato al cui perseguimento i suddetti poteri e le facoltà erano funzionali, così F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000. Sul punto cfr anche A. RALLO, *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, Relazione al Convegno pubblicata nell'omonimo volume con il titolo *Il risarcimento degli interessi ed il "valore" del contenimento della spesa pubblica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004; L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 2007 n. 4; A. ROMANO, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foto it.*, 1999.

assurge ora a diritto fondamentale, in quanto afferente ai livelli essenziali delle prestazioni, così come consacrato dall'art. 117 co. 2 lett. m) Cost. (art. 29 co. 2bis L. 241/1990).

Quanto al rapporto tra interesse pubblico e interesse privato, posto che il primo non esiste in natura come affermazione dogmatica, lo stesso non si dipana sempre in termini di assoluta e costante prevalenza della sfera pubblica su quella del privato, atteso che non è contemplata legalmente una gerarchia tra interessi che siano tutti costituzionalmente rilevanti. Allo stato attuale, quindi, a designare un interesse come pubblico è il risultato dello scontro, confronto e temperamento di posizioni differenziate in una determinata situazione, in cui la scelta dell'interesse da privilegiare nello specifico, è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione sulla scorta della norma attributiva del potere. Il che implica che l'interesse pubblico è conformato, imprescindibilmente, anche attraverso il contraddittorio dei soggetti coinvolti nel procedimento.

Ma quel che è più interessante in questa nuova visione della relazione tra portatori di interessi pubblici e portatori di interessi privati, è che si tratta di situazioni giuridiche entrambe "attive": il che decreta il definitivo superamento di quel rigido binomio "potestà-soggezione" che aveva da sempre connotato la disciplina pubblicistica.

Ciò fa sì che, nel rapporto tra amministrazione e amministrati⁶⁶ la contrapposizione delle situazioni giuridiche non è sempre un elemento coesistente, ben potendo, siffatta relazione, realizzarsi nella sintesi di regole che governano la fattispecie concreta in vista di un obiettivo comune⁶⁷. Non può sfuggire, allora, come tale tipologia di rapporto giuridico corrisponde a quella tipica del diritto amministrativo, atteso che *proprium* della funzione amministrativa è, per l'appunto, l'individuazione della miglior forma di composizione degli interessi pubblici e privati in vista del raggiungimento degli obiettivi prefissati dalla legge.

E' evidente come questa relazione sia il portato di due momenti fondamentali del procedimento amministrativo, ovvero una fase che vive al suo interno e che, riassumendo facoltà, oneri e obblighi in capo ai soggetti in essa coinvolti, possiamo definire *rapporto procedimentale in senso proprio*, ed un'altra fase che, invece, riguarda

66 A questo proposito si deve segnalare che in dottrina gli orientamenti circa il momento in cui nasca il rapporto amministrativo, sono contrapposti. Infatti, c'è chi sostiene che il rapporto tra P.A. e amministrati nasca con il primo atto di esercizio del potere, ovvero con l'avviso di avvio del procedimento, e chi, invece, ritiene che la relazione sia preesistente allo stesso esercizio del potere .

67 Per una più ampia disamina sulla particolarità e solo apparente anomalia strutturale del rapporto amministrativo rispetto alla categoria giuridica civilistica del rapporto obbligatorio, si rinvia a G. GRECO, *Le situazioni giuridiche*, op.cit.

la relazione tra gli interessi contrapposti rispetto al bene della vita che i privati aspirano a conservare o conseguire, e che rappresenta il *rapporto amministrativo sostanziale*. Ma, seppur declinato in questi termini, il rapporto amministrativo vede comunque al suo interno una sorta di *asimmetria* delle situazioni giuridiche che in esso vivono. Infatti, se è innegabile che l'influenza della partecipazione procedimentale nella definizione dell'interesse pubblico, come pure l'affermata risarcibilità dell'interesse legittimo, abbiano allentato la rigidità ed impenetrabilità dei due comparti (quello pubblico e quello privato), la indisponibilità del potere pubblico resta un elemento ineliminabile, così come indefettibile resta la presenza dell'interesse pubblico nel rapporto procedimentale, affatto relegabile alla sola funzione organizzativa⁶⁸.

D'altra parte, la impraticabilità di una assoluta paritarietà delle posizioni giuridiche nel rapporto amministrativo deriva dalla stessa funzionalizzazione dell'azione amministrativa, da intendere, naturalmente, come vincolo al perseguimento dell'interesse pubblico e non certo come *status* costituzionale di privilegio della p.a.. Asimmetria in disparte, la peculiarità del rapporto amministrativo nel senso innanzi descritto non esclude affatto una emancipazione degli obblighi procedimentali⁶⁹ (e in specie quello della partecipazione), da intendersi cioè, non solo come obblighi di mezzi (in relazione all'esito conclusivo della procedura avviata) ma, in relazione al bene della vita protetto, come veri e propri obblighi di risultato⁷⁰. E' chiaro che l'attribuzione alle pretese e alle facoltà

68 Di contrario avviso la dottrina che, invece, opta per una visione assolutamente paritaria delle situazioni giuridiche soggettive nel rapporto amministrativo, riconducendo tale relazione nella tradizionale dinamica di stampo civilistico *diritto-obbligo* e ritenendo, altresì, l'interesse pubblico nonché il potere discrezionale, afferente al mero profilo interno dell'organizzazione amministrativa, così A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubblico*, 1999; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al giudizio di esecuzione*, Milano, 2003.

69 Per vero la categoria degli interessi procedimentali era stata enucleata, in dottrina, già anteriormente all'entrata in vigore della legge generale sul procedimento amministrativo, in virtù di previsioni normative che consentivano o imponevano, nell'iter istruttorio, l'introduzione di fatti, giudizi e pareri tecnici che la pubblica amministrazione doveva valutare in vista dell'adizione del provvedimento amministrativo. Già all'epoca il dibattito dottrinale divideva chi riteneva che si trattasse di autonomi interessi legittimi e chi invece negava tale impostazione. Tra chi era favorevole alla prima opzione, la riflessione si appuntava sul rapporto corrente tra questi interessi procedimentali e l'interesse legittimo vero e proprio. Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1963; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, in *Enc. dir.*, Milano, 1972.

70 F. GAFFURI, *Brevi note sul rapporto procedimentale e sugli interessi partecipativi dopo il pronunciamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011*, in *Dir. amm.*, 2012.

procedimentali della dimensione di diritti soggettivi - dalla quale chiaramente scaturiscono precisi obblighi per l'amministrazione pubblica, al di là dell'interesse per il perseguimento del bene della vita cui aspira il privato nell'ambito del procedimento - assume un rilievo specificamente *oggettivo*, considerata l'emersione di una vera e propria esigenza di tutela della dignità del cittadino in quanto tale, meritevole di piena garanzia laddove la stessa risulti lesa a causa di scorrettezze e violazioni procedimentali commesse dall'amministrazione, e ciò a prescindere dalla definizione in senso favorevole o meno del procedimento stesso⁷¹. In questa prospettiva, l'esigenza di salvaguardare prerogative dei cittadini - come le facoltà partecipative - elevate al rango di diritti fondamentali grazie alla legge 241/1990 (modificata dalla novella del 2009 in coerenza con l'art. 117 Cost.)⁷², non può che significare la volontà legislativa di un rafforzamento della tutela degli amministrati, con conseguente ridimensionamento della "disponibilità" dell'interesse pubblico; dato, questo oramai acquisito dalla stessa giurisprudenza costituzionale⁷³.

E' proprio nella nuova visione del procedimento amministrativo, inteso come luogo in cui si snoda il rapporto tra amministrazione e cittadino, che il principio del giusto procedimento finisce per assumere la medesima valenza di quello dell'"*equo processo*" sancito dall'art. 6) CEDU.

Il che porta a concludere che oramai anche nel modello procedimentale amministrativo generale, il principio di partecipazione ha assunto una valenza non derogabile poiché afferente ai livelli essenziali delle prestazioni, rendendo di conseguenza irrilevante il fatto che le disposizioni normative che lo contemplanonon si esprimano in termini così chiari e netti come invece è per il procedimento sanzionatorio di cui alla legge 689/1981 (art. 18).

In sostanza i due procedimenti-tipo posti a confronto, ovvero quello disciplinato dalla legge 689/1981 e quello regolato dalla legge 241/1990, soprattutto alla luce del sistema di diritto comunitario, non sembrano presentare sostanziali differenze e, ciò, non solo rispetto al profilo del diritto al contraddittorio procedimentale, ma pure a quello della funzione svolta, dal momento che le corti europee, in tema di sanzioni amministrative, non escludono affatto la compresenza del potere punitivo (tipico del

71 A. ROMANO TASSONI, *Situazioni giuridiche soggettive, (diritto amministrativo)* in *Enc. dir. Aggiorn.*, II, Milano, 1998.

72 Si ricorda che l'art. 29) comma *2bis* della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 69/2009, richiama i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" ai sensi dell'art. 117 Cost. comma 2 lettera m) Cost.

73 *Corte Cost. 27.12.2018 n. 246.*

sistema penale) e del potere di cura dell'interesse pubblico (proprio del sistema amministrativo)⁷⁴.

Stando così le cose, è chiaro che il diritto ad essere ascoltato di cui alla legge n. 689/1981, anche se riguardato dalla prospettiva della disciplina amministrativistica, assume valenza inalienabile ed irrinunciabile, la cui violazione comporta, pertanto, un vizio del procedimento sanzionabile con l'annullabilità del provvedimento emesso, essendo irrilevante il fatto che nel procedimento sanzionatorio il giudizio verta sul fatto e non sull'atto.

Il diritto di difesa del cittadino, quale anticipazione in sede procedimentale del contraddittorio processuale diventa, in questo modo, coesistente alla dialettica autorità-libertà (C.Cost. n. 103/2007), tanto ciò è vero che già nel 1999 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, facendo proprie le parole della C.Cost. n. 210/1995, aveva già riconosciuto al giusto procedimento la natura di "*criterio di orientamento sia per il legislatore sia per l'interprete*" (Cons.St. A.P. 15.09.1999 n. 14).

Inteso come "parità delle armi", e letto l'art. 97) Cost. sotto una rinnovata luce, il giusto procedimento assume un valore sistemico in perfetta sintonia con il principio, di derivazione comunitaria, di *effettività della tutela*, di conseguenza sottratto alla disponibilità del legislatore ordinario⁷⁵. Proprio questo elemento, ovvero la indisponibilità, da parte del legislatore ordinario, rispetto a previsioni normative poste a presidio di garanzie "blindate" come quella del contraddittorio procedimentale, porta a ritenere che non risulta oramai più convincente ma che, anzi, sia decisamente da rimeditare, la posizione della unanime giurisprudenza della Cassazione incline a contenere lo spazio concesso alle garanzie procedurali in nome della *effettività dell'azione amministrativa* (C.C.SS.UU.n. 20935/2009) che, allo stato dell'arte, non sembra potersi più porre in contrapposizione alla *effettività della tutela del cittadino*. Opinare diversamente finirebbe per rappresentare una grave battuta d'arresto nel procedimento di adeguamento dei procedimenti delle autorità amministrative italiane ai principi della CEDU (*Tar Lazio Roma, I, 16.05.2012 n. 4455, 4456, 4457*).

Infine va segnalato come - all'indomani della introduzione, nella l. 241/1990, dell'art. 21 *octies* che al co. 2 codificava la irrilevanza dei vizi formali in tutti quei casi in cui risultasse chiara la loro non incidenza sulla definizione dell'assetto sostanziale

74 Grande Chambre il 9 gennaio 1995 nella causa n. 307-A, Welch contro Regno Unito; Corte eur.dir.uomo, sentenza 27.09.2011, Ricorso n. 43509/08 - A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia.

75 A.SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'università di Tor Vergata, Giuffrè, 2004; R.FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in Dir. amm., 2017

degli interessi implicati nell'azione amministrativa⁷⁶ - dottrina più attenta aveva mostrato già non poche preoccupazioni in ordine alle ripercussioni di tale normato sul processo di valorizzazione del rapporto amministrativo sostanziale in atto, mettendo in guardia circa i rischi connessi ad una interpretazione "estrema" della c.d. dequotazione dei vizi formali e procedurali, che portava la giurisprudenza a ritenere sanabile, ai sensi del comma 2 dell'art. 21 *octies*, l'omissione del preavviso di rigetto di cui al comma 10 *bis* della legge n. 241/1990⁷⁷.

Questo problema pare possa dirsi oggi superato grazie al D.L. 76/2020⁷⁸ il quale, all'art. 12 co. 1 lett. i), stabilisce che la disposizione del secondo comma dell'art. 21 *octies* non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'art. 10 *bis*, e quindi proprio nella fase procedimentale in cui il contraddittorio è maggiormente avvertito come un diritto del cittadino non sacrificabile alle logiche di una asserita "efficienza amministrativa".

5. Considerazioni conclusive.

Il punto da cui è partita questa riflessione è se, come affermato dalla consolidata giurisprudenza a far data dalla famosa sentenza della C.C.SS.UU. n. 1786/2010, possa ancora dirsi che, a distanza di ormai un decennio da tale arresto giurisprudenziale, il diritto dell'incolpato ad essere ascoltato, sebbene regolarmente esercitato, sia legittimamente derogabile nella fase procedimentale deputata alla erogazione della sanzione amministrativa e, ciò, in ragione della possibilità di recuperare tale diritto nelle eventuale fase giudiziale.

L'analisi è stata svolta guardando brevemente ed in parallelo all'ordinamento penale, a quello comunitario e a quello amministrativo, mettendo tuttavia in rilievo la innegabile interconnessione di tali sistemi che, infatti, non possono più essere considerati assolutamente chiusi ed impermeabili. L' osmosi e la integrazione di valori, di principi e di garanzie da un universo giuridico all'altro è oramai una costante inarrestabile ed ineludibile, soprattutto ove giustificata da ragioni di omogeneizzazione dei livelli essenziali di tutela attinenti a medesime situazioni. Il

⁷⁶ G. BERGONZINI, *Art. 21 octies della legge 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir.amm.* 2007 n. 2.

⁷⁷ M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008; A. RALLO; *Comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10 bis L. 241/90 e partecipazione post-decisionale: dal contraddittorio oppositivo al dialogo sul possibile*, in AA. VV. "Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo", a cura di F. Liguori, Monduzzi Editore, Bologna, 2007.

⁷⁸ Decreto legge 16.07.2020 n. 76 "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale".

che porta a liberare da una certa ingessatura sistemica, categorie giuridiche come la funzione affittiva e quella di cura degli interessi, fino ad oggi considerate incompatibili.

D'altronde la tensione verso nuovi processi di democratizzazione della vita pubblica non può non avere riflessi su un tema sensibile come quello della partecipazione del cittadino e determinare, a tutti i livelli (quindi non sono in ambito giudiziale) un rafforzamento delle garanzie che gli debbono essere riconosciute, soprattutto laddove l'esercizio del potere pubblico assuma una dimensione punitiva, quand'anche connessa alla cura concreta dell'interesse generale, come è nel caso della comminazione di sanzioni amministrative.

L'esigenza di tutela del cittadino in termini di tutela della dignità dello stesso da porre sempre al centro del sistema giuridico, impone di dover ritenere inammissibile ogni e qualunque deroga o rinvio del diritto di difesa.

Ne consegue che, qualunque sia il modello procedimentale (amministrativo generale, sanzionatorio o di altro genere), il diritto di partecipazione, ivi compreso quello ad essere ascoltato, afferendo ai livelli essenziali delle prestazioni costituzionalmente garantite, va sempre assicurato senza possibilità di deroga, tanto più che una lettura sostanzialistica, sia del rapporto amministrativo sia del principio di cui all'art. 6) Convenzione EDU, porta ad equiparare l'equo processo al giusto procedimento.

Se a questo si aggiunge l'ultima modifica apportata all' art. 21 *octies* dal DL n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020, nel senso di una non ammissibilità alla rinuncia di profili formali e procedurali in relazione ad istituti deputati alla partecipazione procedimentale del cittadino, come il preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis L. 241/1990, è chiaro che un ripensamento della giurisprudenza dei supremi giudici di legittimità in ordine alla interpretazione dell'art. 18) della legge 689/1981 si auspica come davvero non più rinviabile, anche per le non trascurabili ricadute in termini di fiducia del cittadino verso il sistema di potere. Questo porterebbe di certo ad un recupero del senso di equità percepito dal cittadino nei confronti di un sistema statale che non lo costringerebbe più, come purtroppo accade attualmente nel caso in cui l'amministrazione ritenga di non accordare il diritto ad essere ascoltato sancito all'art. 18) della legge 689/1981, a dover percorrere necessariamente la onerosa e farraginoso strada giurisdizionale a tutela di legittime istanze; tutela alla quale troppo spesso il cittadino è costretto, purtroppo, a rinunciare per ragioni economiche, aggiungendosi, così, al danno la beffa di una inammissibile denegata giustizia.