

ATTIVITÀ PROCEDIMENTALI A REGIME PRIVATISTICO E PRINCIPI GENERALI

Relazione al Convegno di studi giuridici su “Procedimento amministrativo, principi generali dell’ordinamento, buona fede”, organizzato dalla Associazione per lo studio delle scienze amministrative, Fano 8-9 Luglio 2010.

Andrea Maltoni

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I procedimenti a regime privatistico volti alla conclusione di una transazione o di un accordo bonario. - 3. I procedimenti di conferimento e di revoca di incarichi dirigenziali: il rispetto del principio del giusto procedimento. - 4. I procedimenti disciplinari nei confronti di dipendenti di amministrazioni pubbliche. - 5. Il sindacato del giudice ordinario esteso anche al rispetto dei principi applicabili ai procedimenti amministrativi sanzionatori ex art. 195 t.u.f. - 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Mentre è piuttosto noto il processo che ha portato alla progressiva applicazione dei principi del diritto comune ai procedimenti amministrativi - basti considerare che, a norma del comma 4 dell’art. 2 del Codice dei contratti pubblici, l’affidamento e l’esecuzione di opere, lavori, servizi, forniture, per quanto non previsto dal medesimo Codice, si svolge nel rispetto anche delle disposizioni del codice civile - rimane, invece, ancora da approfondire il diverso fenomeno inerente all’applicabilità anche ad attività a regime privatistico di alcuni principi mutuati dalla legislazione amministrativa.

Nel delineare l’oggetto dell’indagine, deve in via preliminare precisarsi che verranno considerati, per un verso, i principi giuridici che siano qualificabili

come generali, per l'altro, le attività a regime privatistico non di soggetti privati¹, bensì di amministrazioni pubbliche.

Per quanto attiene ai principi generali dell'ordinamento, la cui opera di individuazione può essere agevolata considerando anzitutto quelli desumibili dalla legge generale sul procedimento amministrativo², occorre verificare se alcuni di questi siano applicabili (o meglio debbano essere applicati) ad attività a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche, o meglio ad attività non identificabili con quelle di evidenza pubblica, ma che, pur costituendone la prosecuzione, a differenza delle prime trovano collocazione in un ambito prettamente privatistico, o comunque ad attività che costituiscono esplicazione di poteri privatistici dell'amministrazione.

Si dovrà, in particolare, verificare se sussiste un nucleo di principi generali, desumibili dalla legislazione amministrativa, applicabili anche ad attività privatistiche delle p.a., che ne comporta la procedimentalizzazione.

Nell'indicata prospettiva, verranno partitamente considerati: i procedimenti volti alla conclusione di transazioni o accordi bonari in sede di esecuzione di contratti pubblici; i procedimenti di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali; i procedimenti disciplinari nei confronti di dipendenti di amministrazioni pubbliche.

Mentre il primo tipo di procedimenti si distingue dagli altri indicati per i presupposti di attivazione e per le modalità di svolgimento, gli ultimi due moduli procedimentali riguardano misure afflittive. Si consideri, infatti, che la revoca degli incarichi dirigenziali, - come si vedrà - secondo l'ormai consolidato orientamento del giudice delle leggi, costituisce una misura

¹ Per un tentativo di verificare se siano individuabili alcuni tratti comuni nella tutela nei confronti di poteri privati esercitati da soggetti privati e di poteri pubblici attribuiti ad amministrazioni pubbliche, si v. G. SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 475 s.

² Con l'avvertenza che i principi generali riguardanti i procedimenti amministrativi continuano comunque ad essere in buona parte enucleati dalla giurisprudenza. Inoltre, come ha puntualizzato la Consulta (si v. Corte cost. sent. 15 giugno 1956, n. 6, in <http://www.cortecostituzionale.it>, costituiscono «principii dell'ordinamento quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente».

sanzionatoria che può essere comminata soltanto come conseguenza della valutazione negativa dei risultati conseguiti.

Le riferite attività delle p.a., per le ragioni che verranno sia pure succintamente illustrate, sono da qualificare in termini privatistici e risultano procedimentalizzate, essendo sottoposte al rispetto di un nucleo di principi, che sono ordinati ad assicurare un complesso di garanzie ai soggetti interessati.

2. I procedimenti a regime privatistico volti alla conclusione di una transazione o di un accordo bonario

Com'è stato correttamente evidenziato in dottrina, l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina di cui all'art. 239 del Codice dei contratti pubblici è molto esteso, dal momento che le circostanze che consentono alle amministrazioni di far ricorso alla transazione sono tutte quelle nelle quali vengano in rilievo obbligazioni di diritto privato (*rectius*: sia obbligazioni *ex lege*, che obbligazioni contrattuali), e insorgano questioni attinenti alla validità, all'interpretazione o all'esecuzione di contratti privatistici³.

La fattispecie transattiva di cui all'art. 239 del Codice risulta peraltro connotata da alcuni profili di specialità - soprattutto attinenti agli aspetti procedurali - che sono da porre in relazione al fatto che una delle parti è un soggetto che, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, agisce in qualità di "autorità" (la disposizione è, infatti, riferibile anche ad amministrazioni aggiudicatrici e ad enti aggiudicatori, e non soltanto ad amministrazioni pubbliche). Le regole di carattere speciale dettate dall'art. 239 del Codice sono individuabili essenzialmente: nella forma scritta *ad substantiam* (e non soltanto *ad probationem*, come richiesto dall'art. 1967 c.c.⁴); nella procedimentalizzazione

³ Si v. sul punto: G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, spec. 229.

⁴ Se, come rileva il Consiglio di Stato (si v. Cons. St., sez. cons. atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355/06, sullo schema di decreto legislativo recante il "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", in <http://www.giustizia-amministrativa.it>), nel nostro ordinamento vige il principio secondo cui tutti i contratti della p.a. debbono avere la forma scritta a pena di nullità, deve altresì osservarsi che nella nozione di amministrazione aggiudicatrice e in quella di ente aggiudicatore (richiamate dall'art. 239 del Codice dei contratti) sono compresi anche soggetti privati, che non sono riconducibili al novero delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1,

dell'attività rivolta alla conclusione del contratto transattivo, laddove l'oggetto della transazione abbia un certo importo (*recte*: sia superiore a 100.000 euro); nella specifica indicazione dell'organo competente a esaminare la proposta di transazione avanzata dall'aggiudicatario ovvero a formularla.

Per quanto attiene, più specificamente, alle regole speciali che dettano una disciplina minima del procedimento di formazione della volontà di transigere della stazione appaltante, deve porsi in rilievo che le stesse sono rivolte a garantire che la valutazione circa la convenienza della transazione avvenga in modo trasparente, e sia supportata da un'adeguata conoscenza di tutti gli elementi rilevanti nella vicenda⁵. Si tratta di particolari cautele che, come ha riconosciuto il Consiglio di Stato, risultano connesse al fatto che i contratti di transazione possono avere riflessi sulla finanza pubblica⁶, tenuto conto che le stazioni appaltanti (anche quando agiscono in tale veste soggetti privati) utilizzano fondi pubblici.

Occorre, inoltre, considerare che, allorché una transazione sia conclusa da una pubblica amministrazione, anche al fine di limitare i rischi derivanti dall'operazione, nonché evitare che i soggetti agenti possano incorrere in determinati tipi di responsabilità, è necessario che l'atto con cui l'amministrazione manifesta la volontà di transigere sia adeguatamente motivato in ordine ai margini di aleatorietà che presenta la fattispecie ed esauriente sotto il profilo della esplicazione della soluzione accolta⁷. In altri termini, il doveroso perseguimento dell'interesse pubblico impone di esplicitare le ragioni di opportunità e convenienza che hanno indotto l'amministrazione a transigere. Peraltro, già l'instaurazione di un confronto dialettico tra le parti

comma 2, d.lgs. n. 165/2001. Di conseguenza, è da ritenere che detta prescrizione valga non più soltanto per le organizzazioni amministrative, ma, più in generale, anche per tutti i soggetti privati che agiscano in qualità di autorità (da intendersi secondo l'accezione enucleata da Corte cost. sentt. n. 204/04 e 191/06, in <http://www.cortecostituzionale.it>), esercitando attività amministrative.

⁵ Sottolinea come tali elementi debbano connotare la valutazione del soggetto pubblico circa la convenienza della transazione C. DEODATO, *La transazione*, in *Trattato sui contratti pubblici, VI, Il contenzioso*, (diretto da) M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2008, spec. 3767.

⁶ Si v. Cons. St., sez. cons. atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355/06, cit.

⁷ In tal senso G. GRECO, *op. cit.*, 232 s.

(che assicura il contraddittorio), che non può che essere improntato al rispetto dei principi di correttezza e di buona fede oggettiva, deve garantire un'adeguata rappresentazione di tutti gli elementi rilevanti ai fini della possibile composizione in via transattiva della lite potenziale o in atto⁸.

Non dissimili sono le considerazioni che possono svolgersi con riferimento all'accordo bonario, che ha natura di transazione, a norma dell'art. 240, comma 18 del Codice.

In particolare, i procedimenti (semplificato e ordinario) di accordo bonario, disciplinati dall'art. 240 del Codice, attenendo alla fase di esecuzione dei contratti di appalto, si inscrivono in un contesto privatistico, nell'ambito del quale non sono individuabili potestà amministrative.

Né, d'altra parte, vi è più alcuno che sostenga che l'accordo bonario è qualificabile alla stregua di un accordo pubblicistico, ex art. 11, l. n. 241/90, considerato che la dottrina è unanime nel riconoscere la natura privatistica dell'accordo bonario⁹.

Non mancano però tentativi di ricostruire, almeno in parte, in senso pubblicistico il regime degli atti posti in essere nel corso del procedimento di definizione bonaria, sulla base del rilievo che sussisterebbe un interesse legittimo all'osservanza da parte della stazione appaltante delle regole procedurali inerenti alla definizione bonaria della lite, con la conseguenza che, in caso di inerzia della medesima ovvero di rifiuto di avviare il procedimento, l'appaltatore sarebbe legittimato ad adire il giudice amministrativo¹⁰.

⁸ Si v. sul punto F. ASTONE, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici*, Torino, 2007, 110.

⁹ Si v. *ex multis*: G. MORMANDI, *I profili processuali della nuova disciplina sui lavori pubblici (art. 31-bis e art. 32 della l. 11 febbraio 1994, n. 109, come modificato dalla l. 2 giugno 1995, n. 216)*, in *Riv. trim. app.*, 1995, spec. 410 s.; G. GRECO, *op. cit.*, 234, R. DE NICTOLIS, *L'accordo bonario*, in *Trattato sui contratti pubblici, VI, Il contenzioso*, (diretto da) M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2008, 3793 s.; F. ASTONE, *op. cit.*, 115 s.

¹⁰ Si v., sul punto: R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 3780-3781, secondo la quale, mentre è tutelabile l'interesse a che l'amministrazione avvii e concluda i procedimenti di accordo bonario, non è invece sindacabile l'eventuale rifiuto della medesima di raggiungere l'accordo nei termini pretesi dall'appaltatore. In termini non dissimili, prospetta un interesse legittimo pretensivo dell'appaltatore, a fronte dell'inerzia del responsabile del procedimento nel promuovere il

Al riguardo, si può osservare, però, che il rimedio del silenzio-inadempimento è configurabile soltanto laddove vi sia un procedimento amministrativo o meglio un procedimento destinato a concludersi con un provvedimento amministrativo o con un accordo sostitutivo ex art. 11, l. n. 241/90¹¹.

Nei procedimenti di accordo bonario, l'attività procedimentale non sembra dunque essere amministrativizzata, attenendo alla fase di esecuzione dei contratti di appalto, quantunque anche questa non sia sottratta al vincolo di scopo. L'attività procedimentalizzata ancorché sia a regime privatistico, rimane, infatti, un'attività preordinata ad un fine pubblico in ragione del fatto che ad essere aggiudicati sono appalti pubblici, e che, di conseguenza, anche nella fase di esecuzione dei medesimi vengono in rilievo esigenze connesse al corretto impiego delle risorse pubbliche. Non può, infatti, certo considerarsi irrilevante per le finanze pubbliche l'ammontare del costo aggiuntivo dei lavori pubblici appaltati, che sia definito in un accordo bonario, in seguito all'iscrizione delle riserve da parte dell'appaltatore.

Ai procedimenti privatistici di accordo bonario, tenuto conto che – come si è rilevato – non sono amministrativizzati, non sembrerebbero applicabili le disposizioni della l. n. 241/90. Ciò non significa, però, che alcuni principi generali desumibili anche dalla l. n. 241/90 non trovino applicazione a tali

procedimento di accordo bonario e nella nomina della commissione, F. CINTIOLI, *Le tecniche di Alternative Dispute Resolution*, Relazione al convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo su "Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni", Villa Mondragone, Monte Porzio Catone, 18 e 19 settembre 2009, spec. 5 e 64, reperibile sul sito dell'AIPDA <http://www.giustamm.it>, 2009, 51. *Contra*: P. DE LISE, *Commento all'art. 31 bis, l. Merloni*, in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici fino alla «Merloni ter»*, (a cura di) L. GIAMPAOLINO, M. A. SANDULLI, G. STANCANELLI, Milano, 1999, 528 s., ad avviso del quale le ipotesi di omesso (ovvero di inerzia nel) compimento degli atti del procedimento di accordo bonario sono da equiparare ai tentativi di accordo bonario che non hanno avuto buon fine, nel senso che in entrambe le ipotesi si debbono intendere verificate le condizioni di procedibilità per adire il giudice ordinario ovvero per deferire le controversie ad arbitri.

¹¹ Deve rilevarsi come la giurisprudenza sia sostanzialmente concorde nel ritenere che, affinché possa configurarsi una fattispecie di silenzio-inadempimento o rifiuto, debba sussistere un vero e proprio obbligo di provvedere in capo all'amministrazione, si v. di recente, *ex multis*: Cons. St., sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5628, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

procedimenti. Ci si riferisce soprattutto all'obbligo di motivazione e alla garanzia del contraddittorio.

Parte della dottrina ha qualificato gli atti dei procedimenti finalizzati alla sottoscrizione di contratti di transazione (nel cui novero, come si è detto, sono compresi anche quelli di accordo bonario) come atti di "evidenza pubblica interna", ipotizzando che i medesimi possano tutt'al più assumere un qualche rilievo esterno nei confronti di terzi¹².

Quest'ultima conclusione non sembra però convincente, atteso che, per quanto trovino applicazione principi enucleati con riferimento a procedimenti amministrativi, gli strumenti che l'ordinamento appresta in dette ipotesi non paiono quelli tradizionali dell'impugnazione dei singoli atti del procedimento da parte di controinteressati né tanto meno del contratto, quale atto conclusivo del medesimo. D'altra parte, non essendo gli atti del procedimento di accordo bonario qualificabili alla stregua di atti amministrativi, non sembra neppure configurabile un sindacato giurisdizionale puntuale, avente ad oggetto il corretto esercizio del potere, di cui i medesimi costituiscono estrinsecazione.

A comprova del fatto che gli strumenti previsti, in ipotesi di tal fatta, sono diversi dal controllo giurisdizionale sui singoli atti, può addursi il fatto che, a norma dell'art. 240, comma 15-*bis* del Codice, il responsabile del procedimento che non rispetti i termini per il compimento degli adempimenti imposti dalla legge ai fini della conclusione di un accordo bonario, è sanzionabile tanto sul piano disciplinare quanto a titolo di responsabilità amministrativa per danno erariale, mentre i membri della Commissione,

¹² Si v. sul punto G. GRECO, *op. cit.*, 233, il quale sembra accogliere quell'orientamento del giudice amministrativo che ritiene che la delibera di approvazione di una transazione sia impugnabile da parte di soggetti terzi (si v. Tar Lazio, sez. II, 17 ottobre 1982, n. 365, in *I TAR*, 1982, I, 1073). Questa posizione appare però contraddittoria, in quanto, l'A., pur partendo dalla premessa che, laddove sia concluso un contratto di transazione, tutti gli atti di formazione della volontà contrattuale sono a regime privatistico, perviene alla conclusione che i medesimi atti potrebbero essere impugnati da soggetti terzi avanti il g.a.; conclusione, questa, che per essere giuridicamente sostenibile non può che partire dall'assunto che in capo ai medesimi soggetti sono configurabili situazioni di interesse legittimo e che gli atti del procedimento costituiscono estrinsecazione di poteri amministrativi.

allorquando questa sia costituita a norma dell'art. 240, comma 5 e s. del Codice, perdono il diritto a percepire il compenso per l'attività svolta.

La configurazione della riferita duplice responsabilità appare coerente, del resto, con quanto previsto dal comma 16 dell'art. 240 cit., a norma del quale l'inutile decorso dei termini – che sono da considerare non perentori – previsti per il compimento degli atti istruttori procedurali, ovvero il fallimento del tentativo di accordo bonario, derivante dal rifiuto espresso della proposta di accordo, anche in corso d'opera, consente in ogni caso di devolvere le controversie al giudice ordinario ovvero al collegio arbitrale. Al contempo, il tentativo di accordo bonario, ovvero l'inutile decorso dei relativi termini costituisce una condizione di procedibilità per la devoluzione della controversia in sede giurisdizionale o arbitrale¹³.

3. I procedimenti di conferimento e di revoca di incarichi dirigenziali: il rispetto del principio del giusto procedimento

Tralasciando, in questa sede, le ragioni che inducono a ricostruire in termini privatistici i procedimenti di conferimento e di revoca degli incarichi dirigenziali, occorre richiamare la giurisprudenza della Corte costituzionale non soltanto perché la stessa ha enucleato una serie di principi generali applicabili ai procedimenti *de quibus*, ma altresì in considerazione del fatto che i medesimi è da presumere che possano avere un'applicazione più ampia, (*i.e.*: anche al di fuori dell'ambito inerente al conferimento e alla revoca di detti incarichi).

Nelle ipotesi del conferimento e della revoca di incarichi dirigenziali, le amministrazioni adottano atti organizzativi che, sebbene non siano sottratti all'indirizzo politico, costituiscono estrinsecazione di poteri che la giurisprudenza qualifica in senso privatistico¹⁴. La Suprema Corte¹⁵ configura,

¹³ In tal senso Tar Puglia, Bari, sez. I, 23 gennaio 2002, n. 467, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

¹⁴ Si v., ad es.: Cass., sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9814, in *Dir. e Pratica Lav.*, 2008, 45, 2603.

infatti, in termini privatistici il regime degli atti di conferimento e di revoca di incarichi dirigenziali, che afferiscono alla sfera organizzativa, rilevando come i medesimi attengano propriamente ad una «materia sottratta al dominio degli atti amministrativi perché non compresa entro la soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici»¹⁶, e concernente, invece, «il piano del funzionamento degli apparati e, quindi, l'area della capacità di diritto privato»¹⁷.

Sotto altro profilo, va altresì osservato che il d.lgs. n. 150/2009 (c.d. la riforma Brunetta) non si è limitato a confermare, ma ha propriamente rafforzato la configurazione della responsabilità dirigenziale in termini di risultato. Più precisamente, il sistema di misurazione e valutazione delle performance dell'attività dirigenziale delineato dal titolo II del d.lgs. n. 150/2009 risulta imperniato su una valutazione complessiva dell'attività compiuta da parte di un organismo indipendente interno a ciascuna amministrazione, o meglio una valutazione volta ad accertare se e in che modo gli obiettivi prefissati siano stati conseguiti. A ben vedere, nell'indicata prospettiva risulterebbe del tutto distonica la qualificazione pubblicistica degli atti di conferimento, con riguardo ai quali non potrebbe che prospettarsi un sindacato giurisdizionale puntuale, volto ad accertare se il potere, di cui i medesimi costituiscono manifestazione, è stato correttamente esercitato.

Peraltro, il giudice delle leggi ha, più volte, rimarcato come tanto la mancata conferma quanto la revoca dell'incarico dirigenziale debbano essere motivate, previamente contestate all'interessato, e debba sempre garantirsi il contraddittorio. La Consulta ha, in particolare, riconosciuto che ai dirigenti deve essere assicurata «la possibilità di far valere il diritto di difesa, prospettando i risultati delle proprie prestazioni e delle competenze organizzative esercitate per il raggiungimento degli obiettivi» predeterminati,

¹⁵ Si v. *ex multis*: Cass., sez. un., 24 gennaio 2003, n. 1128, in *Foro it.*, 2003, 1, 1478; Cass., sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659, in *Foro amm. CDS*, 2004, 678; Cass., sez. lav., 6 aprile 2005, n. 7131, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1668; Cass., sez. un., 9 febbraio 2009, n. 3054, in *Giust. civ., Mass.*, 2009, 199.

¹⁶ Si v. Cass., sez. un., 5 aprile 2007, n. 8526, in *CED Cassazione*, 2007

¹⁷ Si v. Cass. Civ. sez. un., ord. 9 febbraio 2009, n. 3054, cit.

nonché il «rispetto dei principi del giusto procedimento all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che, a prescindere dalla sua natura giuridica, consenta comunque un controllo giurisdizionale»¹⁸. Siffatte statuizioni trovano fondamento nel fatto che, se il rapporto d'ufficio deve essere «connotato da specifiche garanzie, le quali presuppongono che esso sia regolato in modo tale da assicurare la tendenziale continuità dell'azione amministrativa e una chiara distinzione funzionale tra i compiti di indirizzo politico-amministrativo e quelli di gestione», al fine di consentire che il dirigente possa espletare la propria attività in conformità ai principi di imparzialità e buon andamento, è indispensabile che «siano previste adeguate garanzie procedurali nella valutazione dei risultati e dell'osservanza delle direttive» impartite dagli organi di vertice¹⁹. Tali garanzie – prosegue la Corte – non mirano soltanto a proteggere il dirigente, essendo connesse ai «principi costituzionali posti a protezione di interessi pubblici: l'imparzialità, con cui ... contrasta un regime di automatica cessazione dell'incarico che non rispetti il giusto procedimento; il buon andamento, che risulta pregiudicato ... da un sistema di automatica sostituzione dei dirigenti che prescinda dall'accertamento dei risultati conseguiti»²⁰. In altri termini, l'anticipata cessazione dell'incarico non può che essere conseguenza «di una accertata responsabilità dirigenziale in presenza di determinati presupposti e all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato»²¹.

Non può tuttavia essere sottaciuto che la Consulta nell'individuare le indicate garanzie, ha fatto riferimento a precisi dati di diritto positivo, i quali delineano un modello di responsabilità dei dirigenti basato sui risultati.

Di recente, la Corte, con riferimento ad un'ipotesi di anticipata cessazione *ex lege* del rapporto di ufficio di un dirigente non dipendente di

¹⁸ In tal senso: Corte cost., sentt. 23 marzo 2007, n. 103 e 20 maggio 2008, n. 161, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

¹⁹ In tal senso: Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103, cit.

²⁰ In tal senso Corte cost., 24 ottobre 2008, n. 351, in <http://www.cortecostituzionale.it>, nonché, in termini analoghi, Corte cost., 28 novembre 2008, n. 390, cit.

²¹ In tal senso: Corte cost., 16 maggio 2002, n. 193 e 23 marzo 2007, n. 103, <http://www.cortecostituzionale.it>.

un'amministrazione, ha riconosciuto che l'attività del dirigente deve potersi espletare «in conformità ad un nuovo modello di azione della pubblica amministrazione, disegnato dalle recenti leggi di riforma della pubblica amministrazione, che misura l'osservanza del canone dell'efficacia e dell'efficienza alla luce dei risultati che il dirigente deve perseguire, nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico, avendo a disposizione un periodo di tempo adeguato, modulato in ragione della peculiarità della singola posizione dirigenziale e del contesto complessivo in cui la stessa è inserita»²².

Il giudice delle leggi, in altra decisione aveva puntualizzato che nel caso della revoca, occorre garantire «un momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti, nell'ambito del quale, da un lato, l'amministrazione esterni le ragioni ... per le quali ritenga di non consentirne la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista; dall'altro al dirigente sia assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa, prospettando i risultati delle proprie prestazioni e delle competenze organizzative esercitate»²³.

Sebbene la Corte costituzionale non prenda posizione in ordine alla qualificazione giuridica (in termini pubblicistici o privatistici) degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali²⁴, riesce difficile concludere, sulla base della disciplina positiva, che tali atti costituiscano manifestazione di poteri amministrativi. Si consideri, infatti, che la Corte costituzionale, anche di recente, nel rimarcare che l'attività dei dirigenti deve essere valutata sulla base dei risultati ottenuti²⁵, mostra di considerare configurabile soltanto un sindacato giurisdizionale del giudice ordinario, che, ex art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, sia incentrato sulla valutazione dell'attività espletata dai dirigenti.

Inoltre, la novella del 2009 non ha esteso ai procedimenti *de quibus* l'applicazione di tutte le disposizioni della l. n. 241/90, bensì soltanto di alcuni principi individuati dalla medesima, ossia quelli volti a garantire, a nostro

²² Si v. Corte cost., 5 marzo 2010, n. 81, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

²³ In tal senso: Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103, cit.

²⁴ Si v. Corte cost., 23 marzo 2007, n. 103 e 20 maggio 2008, n. 161, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

²⁵ Si v. Corte cost., 5 marzo 2010, n. 81, cit.

avviso, in misura minima essenziale, il giusto procedimento. Detto rilievo è rinvenibile, in particolare, in alcune delle richiamate decisioni della Consulta, ove il principio del giusto procedimento viene inteso soprattutto come specificazione del principio del contraddittorio, nonché di quello del diritto di difesa nei confronti di atti afflittivi di pubbliche autorità.

Il principio del giusto procedimento, ancorché di dubbio rango costituzionale, come ha riconosciuto la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 13 del 1962, costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico²⁶. Nella giurisprudenza costituzionale detto principio talvolta è stato posto in relazione al principio di imparzialità, talaltra a quello di buon andamento, e, in altri casi, ad entrambi²⁷. Al di là dei molteplici significati ricollegabili a detto principio alla luce della giurisprudenza costituzionale²⁸, quel che qui più interessa è porre in rilievo come soltanto nelle più recenti pronunzie, in cui viene connesso ai principi di cui all'art. 97 Cost., il giudice delle leggi abbia rilevato lo stretto nesso tra le garanzie procedurali e il diritto di difesa.

Nella riferita prospettiva, al principio del giusto procedimento viene, peraltro, attribuita un'accezione non dissimile da quella riconosciuta a livello comunitario²⁹. I giudici comunitari hanno, infatti, soprattutto, evidenziato la stretta connessione, per un verso, tra principio del contraddittorio, che

²⁶ Si v. Corte cost. sent. n. 13 del 1962, in <http://www.cortecostituzionale.it>. Successivamente detta qualificazione è stata confermata in numerose decisioni, si v. *ex plurimis*: Corte cost. sentt. n. 59 del 1965, n. 212 del 1972, n. 23 del 1978, n. 301 del 1983, n. 48 del 1986, n.346 del 1991, n. 103 del 1993, n. 57 del 1995, n. 68 del 1998, tutte in <http://www.cortecostituzionale.it>.

²⁷ Per detta osservazione, nonché per l'indicazione delle decisioni della Consulta nelle quali si è accostato il principio in parola ai richiamati principi costituzionali, si v. L. BUFFONI, *Alla ricerca del principio costituzionale del «giusto procedimento»: la «processualizzazione» del procedimento amministrativo*, in *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, (a cura di) A. MASSERA, Napoli, 2007, spec. 199.

²⁸ Si v. sempre L. BUFFONI, *op. ult. cit.*, 192 s.

²⁹ Per la stretta inerenza tra principio del diritto al contraddittorio e diritto di difesa, si v. ad es.: Corte di Giustizia Ce, sent. 23 ottobre 1974, in causa C-17/74, in *Raccolta*, 1974, I, 1063 s. In tema, si v. anche S. ANTONIAZZI, *Procedimenti amministrativi comunitari composti e principio del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 641 s. , 651, la quale sottolinea come nel sistema comunitario la configurazione del principio del contraddittorio sia connotata da una più ampia tutela rispetto a quella accolta nell'ordinamento interno.

presuppone un minimo di procedimentalizzazione, e diritto di difesa³⁰, e, per l'altro, tra i medesimi e il principio dell'obbligo di motivazione³¹.

Da ultimo, non può essere sottaciuto che la Suprema Corte, ha affermato che per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede, che sono regole applicabili anche all'attività di diritto privato delle p.a. alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento, è stato procedimentalizzato l'esercizio dei poteri di conferimento degli incarichi dirigenziali - «obbligando a valutazioni anche comparative, a consentire forme adeguate di partecipazione a processi decisionali, ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte»³² - al fine di assicurarne una più piena sottoposizione al controllo giurisdizionale.

Ne consegue che il principio di imparzialità e quello di buona fede, inteso in questo caso come norma sul procedimento³³, divengono parametri di valutazione dell'esercizio dei poteri datoriali dell'amministrazione³⁴.

³⁰ Per la qualificazione del principio del diritto al contraddittorio come principio di diritto amministrativo ammesso in tutti gli Stati membri, che risponde alle esigenze della giustizia e della sana amministrazione, che gli organi della Comunità sono tenuti ad osservare prima di adottare qualsiasi provvedimento disciplinare nei confronti dei propri dipendenti, al fine di consentire ai medesimi di difendersi dagli addebiti loro mossi, si v. Corte di Giustizia Ce, 4 luglio 1963, in causa C-32/62, in *Raccolta*, 1963, 101. Più in generale, il medesimo principio è stato considerato un principio fondamentale, riferibile a qualsiasi procedimento nell'ambito del quale siano esercitati poteri che possano incidere sfavorevolmente sulla sfera giuridica dei destinatari. In tale contesto si è altresì riconosciuto che coloro che subiscono gli effetti di detti provvedimenti, debbono essere posti in condizione di difendersi, si v. sul punto: Trib. primo grado, sent. 20 febbraio 2001, in causa T-112/98, in *Raccolta*, 2001, II, 729. In argomento, si v. anche S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, (a cura di), F. BIGNAMI e S. CASSESE, Milano, 2004, spec. 44 s, che sottolinea come per i giudici comunitari il diritto di difesa sia un principio sovranazionale, che, nei procedimenti composti, in alcuni casi, trova applicazione nella fase sovranazionale e, in altri casi, nella fase nazionale. Peraltro, il medesimo principio - osserva l'A. - può avere una portata diversa negli ordinamenti interni: laddove ciò avvenga, i diritti amministrativi nazionali debbono adattarsi al più vasto principio comunitario.

³¹ Sottolineano come la motivazione consenta agli interessati di conoscere la giustificazione della misura adottata al fine di difendere i loro diritti, ad esempio: Corte di Giustizia Ce, sent. 15 luglio 1970, in causa C-41/69, in *Raccolta*, 1970, 661; Corte di Giustizia Ce, sent. 25 giugno 1997, in causa C-285/94, in *Raccolta*, 1997, I, 3519; Corte di Giustizia Ce, sent. 30 settembre 2003, in causa C-76/01, in *Raccolta*, 2003, I, 10091.

³² Si v. Cass. Sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9814, cit.

³³ È F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 15, a porre in rilievo come occorra distinguere la buona fede come norma integrativa della decisione dalla buona fede come «norma sul procedimento»..

³⁴ Si v. sul punto: M. MIDIRI, *La Corte, i politici e lo spoils system*, in *Dir. pubbl.*, 2008, spec. 957 s.

4. I procedimenti disciplinari nei confronti di dipendenti di amministrazioni pubbliche

La responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti – com'è noto – è stata oggetto di significative modifiche ad opera del d.lgs. 150/09, emanato in attuazione della l. 15/09³⁵. Si può rilevare come tali modifiche, che hanno inciso sul sistema delle fonti degli illeciti disciplinari (e delle relative sanzioni) – sancendo, anche in questa materia, la prevalenza della legge sulla contrattazione collettiva³⁶ – perseguano una duplice finalità: da un lato, quella di “responsabilizzare” i dirigenti nell'esercizio del potere disciplinare³⁷ e, dall'altro, quella di rendere recessiva la pregiudizialità del procedimento penale nei confronti del procedimento disciplinare³⁸.

La riforma della disciplina applicabile agli illeciti disciplinari ha indotto parte della dottrina a riconsiderare la questione della natura giuridica del potere disciplinare, sulla base del rilievo che nelle disposizioni di recente introdotte sarebbero rinvenibili indizi di una ri-pubblicizzazione di detto potere³⁹.

Ad un più attento esame, non sembra, tuttavia, che le innovazioni intervenute siano invocabili per sostenere la natura pubblicistica del potere disciplinare. In senso contrario ad una simile prospettazione, può opporsi, innanzi tutto, il carattere “neutrale” che assume il mutato assetto del sistema delle fonti degli illeciti disciplinari, nell'ambito del quale, per vero, la

³⁵ Al riguardo, si v., di recente, V. TENORE, *La responsabilità disciplinare*, in *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente* (a cura di), V. TENORE L. PALAMARA, B. MARZOCCHI BURATTI, Milano, 2009, 365 e s.

³⁶ Si v. l'art. 55, comma 1, d.lgs. n. 165/01.

³⁷ Si v. l'art. 55-*sexies*, comma 3, d.lgs. n. 165/01.

³⁸ Si v. l'art. 55-*ter* d.lgs. n. 165/01.

³⁹ Si v., in proposito, B.G. MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 37-38, il quale rileva come le recenti modifiche legislative riguardanti la disciplina dell'illecito (e del procedimento) disciplinare, nella misura in cui tenderebbero complessivamente ad inquadrare l'esercizio del potere disciplinare più nella logica pubblicistica del perseguimento di interessi generali che in quella aziendalistica del perseguimento dell'interesse della p.a. come datore di lavoro, possano giustificare la qualificazione della disciplina *de qua* in termini pubblicistici. Siffatta qualificazione, secondo questa tesi, troverebbe fondamento nella doverosità dell'esercizio del potere disciplinare nell'ambito del pubblico impiego e, per altro verso, nella circostanza che lo stesso potere viene esercitato nel rispetto di competenze definite dalla legge e attraverso un procedimento che la legge disciplina come un procedimento amministrativo, caratterizzato dalle garanzie tipiche del diritto amministrativo.

contrattazione collettiva mantiene un ruolo, sebbene circoscritto e delimitato dalla legge⁴⁰. Inoltre, le ipotesi di illecito disciplinare previste dalla fonte primaria afferiscono principalmente al piano della prestazione lavorativa e sono da ritenere rivolte a garantirne il corretto e regolare adempimento⁴¹. In questa prospettiva, allora, la circostanza che l'adempimento dell'obbligazione dedotta nel contratto di lavoro sia, in via mediata, funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione, non sembra destinata ad elidere lo stretto collegamento tra il rapporto di lavoro e l'esercizio del potere disciplinare.

Per altro verso, non sembra neppure che la natura pubblicistica del potere disciplinare possa essere dedotta dal fatto che l'esercizio del medesimo sia sottoposto al rispetto di determinate regole procedurali o dalla presunta obbligatorietà dell'azione disciplinare, che sarebbe, a sua volta, postulata dalla previsione di una specifica ipotesi di illecito disciplinare a carico dei dirigenti in relazione al mancato esercizio o alla decadenza dell'azione disciplinare⁴².

Con riguardo al primo profilo, va osservato come l'obbligo di osservare regole di carattere procedimentale sia connaturato all'esercizio del potere disciplinare in qualsiasi ambito lavorativo, e ciò - com'è evidente - a tutela del destinatario della sanzione⁴³.

Deve essere poi ridimensionato l'assunto della obbligatorietà dell'azione disciplinare, in considerazione del fatto che, al di fuori delle ipotesi in cui una determinata condotta rivesta *ictu oculi* valenza disciplinare⁴⁴, sembra doversi

⁴⁰ Si v. l'art. 55, commi 1-2, d.lgs. n. 165/01.

⁴¹ Si v., ad esempio, l'art. 55-*quater* d.lgs. n. 165/01 che commina il licenziamento disciplinare per le ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio, per l'assenza ingiustificata dal servizio per un determinato numero di giorni, per l'insufficiente rendimento accertato secondo le disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche. In proposito, si v. altresì l'art. 55-*septies*, d.lgs. cit., che introduce un rigido sistema di controllo delle assenze per malattia dei dipendenti pubblici.

⁴² Si v. l'art. 55-*sexies*, comma 3, d.lgs. 165/01.

⁴³ Del resto, il prototipo di procedimento disciplinare è rinvenibile nell'art. 7, Statuto Lav. (l. 300/1970), le cui disposizioni risultano chiaramente finalizzate a contrastare l'esercizio arbitrario del potere disciplinare.

⁴⁴ L'art. 55-*sexies*, comma 3, d.lgs. cit., nel configurare la condotta di mancato esercizio ovvero di decadenza dell'azione disciplinare, si riferisce, tra l'altro, alle valutazioni circa l'insussistenza

riconoscere che spetta ai dirigenti valutare se sussistono i presupposti per l'avvio del procedimento disciplinare. In questa prospettiva, assume peculiare rilievo la clausola *senza giustificato motivo* che la legge interpone, come inciso, nella descrizione della condotta di *omissione o ritardo degli atti del procedimento disciplinare*. Tale clausola, infatti, essendo formulata in termini piuttosto generici, è forse idonea a precludere già l'astratta configurabilità dell'illecito disciplinare a carico del dirigente, ex art. 55-*sexies*, comma 3, d.lgs. cit., quanto meno in tutte quelle ipotesi in cui la sussunzione di una condotta in una determinata tipologia di illecito disciplinare – prevista dalla legge o, nei limiti consentiti, dalla contrattazione collettiva – non sia il risultato di una meccanica trasposizione del fatto concreto in una fattispecie astratta, ma richieda, piuttosto, l'apprezzamento in ordine alla sussistenza di elementi costitutivi dell'illecito disciplinare non previamente definiti nel loro concreto contenuto. Il che, a ben vedere, si verifica in relazione a quelle fattispecie di illecito in cui la condotta sanzionabile in via disciplinare non è descritta in modo del tutto compiuto, di tal che la sua integrazione postula l'accertamento della sussistenza di circostanze talvolta indicate in modo generico o mediante il ricorso a clausole generali⁴⁵.

Da ultimo, l'immutata natura privatistica del potere disciplinare sembra desumibile anche dal d.lgs. 150/09, laddove conferma espressamente la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alle controversie che riguardano l'irrogazione delle sanzioni disciplinari (si v. l'art. 67, comma 2, d.lgs.n. 165/01). Si tratta di una disposizione che, pur essendo di carattere processuale – e che, quindi, di per sé non può considerarsi decisiva ai fini della determinazione della natura giuridica degli atti in questione – costituisce senza dubbio un dato che si concilia con la qualificazione privatistica di questi stessi atti. In altri termini, si può ipotizzare che il legislatore, confermando espressamente la giurisdizione del giudice ordinario, abbia inteso escludere che le modifiche

dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare.

⁴⁵ Si v., ad esempio, la fattispecie, prevista dall'art. 55-*quater* d.lgs. cit., di ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione.

introdotte potessero incidere sulla natura privatistica di tale potere.

La novella ha, peraltro, confermato l'obbligo di osservare una serie di garanzie, che determinano la procedimentalizzazione dell'esercizio del potere disciplinare.

Come, del resto, ha riconosciuto la Consulta, il principio del giusto procedimento presuppone il coinvolgimento dei soggetti interessati, nel senso che non può mancare un momento di partecipazione nell'ambito di un procedimento che può concludersi con l'applicazione di una misura afflittiva⁴⁶.

È per questa ragione che anche l'irrogazione di sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro privatizzato dei dipendenti pubblici soggiace al rispetto di taluni principi, che evocano il nucleo essenziale delle garanzie riconosciute nell'ambito del procedimento amministrativo (es. principio del contraddittorio, partecipazione procedimentale, principio di proporzionalità, obbligo di motivazione dell'atto conclusivo del procedimento), sebbene non venga in rilievo, nel caso di specie, l'esercizio di un potere amministrativo.

Del resto, non può sfuggire il diverso rilievo che la procedimentalizzazione dell'esercizio del potere assume, rispettivamente, nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione agisca come autorità e in quella in cui assuma il ruolo di datore di lavoro (ex art. 5, comma 2, d. lgs. 165/01), fermo restando, in ogni caso, il vincolo di scopo. In quest'ultima ipotesi, l'amministrazione non compie, infatti, alcuna ponderazione tra interessi pubblici e privati, in quanto è portatrice soltanto di un interesse negoziale - connesso cioè al rispetto delle obbligazioni dedotte nel contratto di lavoro - di tal che, laddove si rilevi una violazione, occorre principalmente garantire il diritto di difesa del soggetto incolpato, il quale deve poter controbattere alle contestazioni che gli sono mosse⁴⁷.

Com'è peraltro noto, nella materia *de qua* assume un rilievo preliminare il

⁴⁶ Si v. Corte cost., sent. 31 maggio 1995, n. 210, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

⁴⁷ In ciò, verosimilmente, può trovare giustificazione la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento disciplinare ed anche dei termini infraprocedimentali (ad es. per la contestazione dell'illecito disciplinare), al confronto con la natura generalmente ordinatoria dei termini finali ed intermedi dei procedimenti amministrativi.

principio di tipicità degli illeciti, alla stregua del quale un procedimento disciplinare non può essere avviato se non in relazione a condotte che risultino ascrivibili ad una fattispecie di illecito previamente delineata dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

Ad una finalità garantistica rispondono anche gli altri atti nei quali si articola il procedimento disciplinare, che inizia con la contestazione dell'illecito al dipendente, mediante l'addebito nei suoi confronti di un fatto storico sussumibile nel novero di una fattispecie astratta. La contestazione riveste invero un fondamentale rilievo, in quanto essa, delimitando l'oggetto del procedimento disciplinare, circoscrive, da un lato, l'ambito entro il quale il dipendente incolpato è chiamato a difendersi e, dall'altro, prefigura il contenuto dell'atto di irrogazione della sanzione, considerato che deve esservi corrispondenza tra il fatto addebitato con la contestazione e quello per il quale la sanzione viene comminata⁴⁸.

La contestazione dell'illecito dà corso ad una fase istruttoria, finalizzata a consentire il contraddittorio con il dipendente incolpato⁴⁹, al quale è rimessa la scelta in ordine alle modalità di partecipazione al procedimento disciplinare⁵⁰. Strumentale rispetto alla partecipazione risulta il diritto di accesso che è riconosciuto al dipendente nei confronti degli atti istruttori del procedimento, in relazione ai quali, per vero, non risultano stabilite speciali ipotesi di esclusione ovvero di limitazione⁵¹.

All'esito dell'istruttoria, il titolare del potere disciplinare, se non archivia il procedimento, irroga la sanzione nei confronti del dipendente, nel rispetto del principio di proporzionalità, il quale esige che la sanzione applicata sia

⁴⁸ Sui caratteri della contestazione dell'illecito disciplinare ed, in particolare, sulla sua specificità ed immodificabilità nel corso del procedimento disciplinare, si v. V. TENORE, *op. cit.*, 408 -409.

⁴⁹ In proposito, si v. Corte cost., sent. 1 giugno 1995, n. 220, in <http://www.cortecostituzionale.it>, ove si rileva che la regola del contraddittorio nel procedimento disciplinare implica il coinvolgimento di chi versa nella situazione di soggezione, il quale - avendo conosciuto l'addebito per essergli stato previamente contestato - deve poter addurre, in tempi ragionevoli, giustificazioni a sua difesa.

⁵⁰ Il dipendente incolpato può esporre le sue difese o nel corso dell'audizione - la cui convocazione è fissata nello stesso atto contenente la contestazione dell'addebito disciplinare - oppure mediante la presentazione di memorie scritte (si v. l'art. 55-*bis* d. lgs. 165/01).

⁵¹ Si v. l'art. 55-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 165/01.

commisurata alla gravità all'illecito di cui sia stata accertata la responsabilità del lavoratore⁵². Sembra peraltro che tale principio, oltre che incidere direttamente sulla determinazione della misura della sanzione, possa assumere un qualche rilievo interpretativo anche con riferimento all'ulteriore questione relativa alla motivazione della sanzione disciplinare. In dottrina, salvo che per la sanzione del licenziamento, per la quale si ritiene sussistente l'obbligo di motivazione previsto dall'art. 2, l. n. 604/1966, si tende ad escludere la sussistenza di un siffatto obbligo, assumendo la natura privatistica del potere in esame⁵³.

La tesi, tuttavia, non appare convincente, soprattutto laddove si tenga conto che, appunto, l'irrogazione della sanzione deve essere conforme al principio di proporzionalità. L'effettiva applicazione del principio in esame postula, infatti, una valutazione di tutte le circostanze del caso concreto nel quale la violazione disciplinare è avvenuta, valutazione che è imprescindibile al fine di adeguare la sanzione comminata alla violazione accertata. In questa prospettiva, è allora evidente come la motivazione dell'atto sanzionatorio, nel dare conto delle risultanze dell'istruttoria, si configuri come l'unico elemento in

⁵² L'applicazione del principio di proporzionalità nell'irrogazione della sanzione disciplinare è desumibile dal rinvio, operato dall'art. 55, comma 2, d.lgs. 165/01, all'art. 2106 c.c., il quale configura espressamente la gravità dell'infrazione disciplinare come parametro di commisurazione della relativa sanzione. In dottrina, peraltro, il richiamo dell'art. 2106 c.c. è stato inteso come elemento di conferma della natura privatistica del potere disciplinare nell'ambito del rapporto di pubblico impiego, escludendosi, al contempo, che l'intervento pur pervasivo della legge nella materia disciplinare equivalga ad un ritorno alla supremazia ed alle logiche pubblicistiche evocate da talune formulazioni delle nuove disposizioni. Per questa valutazione, si v. F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico* (a cura di) L. ZOPPOLI, Napoli, 2009, 410. L'indefettibilità del canone della proporzionalità nella commisurazione della sanzione, irrogata nell'ambito di qualsiasi tipo di rapporto di lavoro, è sottolineata dalla Corte costituzionale (si v. Corte cost., sent. 1 giugno 1995 n. 220, cit.), laddove si considera il principio in questione come diretta espressione del generale canone della ragionevolezza (ex art. 3 Cost.), coniugato alla tutela del lavoro e della dignità del lavoratore (artt. 4 e 35 Cost.).

⁵³ Al riguardo, si v., in dottrina, S. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* (a cura di) F. CARINCI e L. ZOPPOLI, Torino, 2004, 878-879, il quale, poi, più in generale, rileva come la configurazione privatistica degli atti espressione del potere direttivo ed organizzativo del datore di lavoro pubblico comporti l'impossibilità di applicare a tali atti la disciplina prevista dalla l. n. 241/1990 per gli atti e i procedimenti amministrativi. Peraltro, già sotto la vigenza del d.lgs. n. 29/1993, si era escluso che l'obbligo di motivazione sancito dalla l. proc. amm. potesse configurarsi a fronte degli atti di gestione dei rapporti di lavoro interessati dalla privatizzazione, si v. in tal senso: G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa e la legge n. 241 del 1990: procedimento, accesso e trasparenza*, in *Organizzazione amministrativa e pubblico impiego*, (a cura di) L. VANDELLI, C. BOTTARI, O. ZANASI, Bologna, 1995, 84.

grado di consentire un'effettiva verifica della proporzionalità della sanzione, che su quelle stesse risultanze si basa. Al riguardo, deve altresì osservarsi come, in base alla nuova disciplina del procedimento disciplinare, un obbligo di motivazione dell'atto sanzionatorio possa essere desunto, in via interpretativa, dall'art. 55-ter, comma 1, d.lgs. n. 165/01, il quale, nel definire il presupposto per la sospensione del procedimento disciplinare in pendenza di un procedimento penale che abbia ad oggetto in tutto o in parte i medesimi fatti, si riferisce alle ipotesi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente, quando all'esito dell'istruttoria non si disponga di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione. Sebbene dettata con la finalità di regolare il rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare, sembra che la disposizione in esame, laddove mette espressamente in relazione gli elementi acquisiti nella fase istruttoria del procedimento disciplinare con la motivazione della sanzione irrogata, sia destinata ad assumere un rilievo più generale. Né, d'altro canto, si ravvisano le ragioni per le quali un obbligo di motivazione, mentre debba ritenersi sussistente in relazione ad un atto endo-procedimentale - com'è quello con cui viene disposta la sospensione del procedimento disciplinare nei casi previsti dall'art. 55-ter, comma 1, d.lgs. n. 165/01 - non sia invece configurabile nei confronti dell'atto conclusivo del procedimento disciplinare, che determina conseguenze sfavorevoli nei confronti del dipendente.

5. Il sindacato del giudice ordinario esteso anche al rispetto dei principi applicabili ai procedimenti amministrativi sanzionatori ex art. 195 t.u.f.

Per comprendere quale tipo di sindacato possa essere svolto dal giudice ordinario in ordine al rispetto dei principi generali applicabili a procedimenti a regime privatistico dell'amministrazione, può essere utile riferirsi al controllo giurisdizionale che la Corte di appello effettuava, ai sensi dell'art. 195 t.u.f. - prima della recente modifica apportata dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo) - con riferimento ai provvedimenti sanzionatori adottati della Consob e della Banca d'Italia. Ai fini che qui rilevano, l'interesse

per detto sindacato è da porsi in relazione al fatto che riguardava un'attività procedimentale affittiva, la quale risultava sottoposta al rispetto di una serie di principi generali, gran parte dei quali codificati dalla l. n. 241/90.

Deve anzitutto porsi in rilievo come la disciplina inerente ai procedimenti sanzionatori delle autorità di regolazione sui mercati finanziari sia quella risultante dall'intreccio di diverse fonti. Tenuto conto che la disciplina speciale di cui all'art. 195 t.u.f. è in alcune parti lacunosa⁵⁴, la stessa deve essere integrata dalla disciplina generale in tema di sanzioni amministrative pecuniarie (l. n. 689/1981).

A detti procedimenti sanzionatori sono inoltre applicabili, ex art. 195, comma 2 t.u.f.: i principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione e della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie. La valenza generale di detti principi è stata peraltro confermata dall'art. 24, l. n. 262/2005. In particolare, a norma dell'art. 24, l. n. 262/05, le modalità applicative non soltanto dei principi testé enunciati, ma anche, in quanto compatibili, dei principi sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi di cui alla l. n. 241/90, debbono essere disciplinate da dette Autorità di regolazione con propri regolamenti.

Considerato, infine, che i procedimenti sanzionatori *de quibus* sono propriamente procedimenti amministrativi, occorre chiedersi, più in generale, quali altri principi e regole dettati dalla l. n. 241/90 trovino applicazione⁵⁵. A tal

⁵⁴ Si consideri, ad esempio, che la disciplina delle modalità della contestazione e della notificazione della violazione, non essendo contenuta nel comma 1 dell'art. 195 t.u.f., non può che essere individuata, in via integrativa, in quella dell'art. 14, l. n. 689/81.

⁵⁵ Secondo B. G. MATTARELLA, *Commento agli artt 23 e 24*, in *La tutela del risparmio. Commentario della legge 28 dicembre 2005, n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, (a cura di) A. NIGRO e V. SANTORO, Torino, 2006, spec. 446 s., ai procedimenti sanzionatori davanti alle autorità di vigilanza sui mercati finanziari trovano applicazione i principi della l. n. 241/90, in quanto questi sono «in gran parte derivazione di principi costituzionali e sovranazionali», nonché «frequentemente affermati dalla giurisprudenza comunitaria e fanno parte del patrimonio costituzionale comune europeo», ma non anche la disciplina generale in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, posto che le normative speciali, attributive dei poteri sanzionatori, non fanno espresso rinvio a detta disciplina, ed anzi si riferiscono soltanto all'art. 16, l. n. 689/81 per escluderne l'applicabilità. Tuttavia, quest'ultimo dato normativo dovrebbe

riguardo, debbono essere considerati, in particolare, i principi e le regole della l. n. 241/90 che individuano garanzie integrative di quelle che sono assicurate dalla disciplina speciale e da quella generale in tema di sanzioni amministrative, sempre che siano compatibili con queste ultime⁵⁶.

Per quanto, infatti, all'art. 29, l. n. 241/90 si statuisca che le disposizioni della l. n. 241/90 "*si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali*", le stesse non sono sempre o talvolta integralmente applicabili ai procedimenti amministrativi sanzionatori di competenza delle autorità di regolazione dei mercati finanziari, sia perché prevale la disciplina speciale, sia perché alle stesse autorità è attribuita, come riconosce la stessa l. n. 241/90, un'autonomia normativa in alcuni ambiti.

In aggiunta ai principi e alle regole richiamati, salvo limiti espressi o impliciti contenuti nella normativa speciale, trovano applicazione ai procedimenti *de quibus* le disposizioni della l. n. 241/90 che definiscono le garanzie minime essenziali da assicurare a tutti i cittadini. Tali garanzie, alla luce del comma 2-bis dell'art. 29, l. n. 241/90 – aggiunto dall'art. 10, comma 2, lett. b), l. n. 69/2009 – sono individuabili, in particolare, negli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato, di individuare il responsabile del procedimento, di concludere il medesimo entro il termine prefissato, di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa nonché di rispettare i termini di durata massima dei procedimenti. Dette garanzie sono espressamente qualificate dall'art. 29,

indurre a ritenere, *a contrario*, che siano, "*salvo che non sia diversamente stabilito*", ex art. 12, l. n. 689/81, applicabili le altre disposizioni della l. n. 689/81.

⁵⁶ Sull'applicabilità in generale delle disposizioni della l. n. 241/90 ai procedimenti delle Autorità indipendenti, si v. G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, (a cura di) A. PREDIERI, Firenze, 1997,, 230, che osserva come le disposizioni della l. n. 241/90 debbono essere volta per volta armonizzate con quelle della normativa speciale, posto che «se un istituto o una fase non sono previsti (es.: responsabile del procedimento, avviso di procedimento, intervento di organismi portatori di interessi diffusi) essi trovano immediata applicazione», mentre «se sono previsti ma regolati diversamente (ad es. per quanto concerne i tempi per l'acquisizione di un parere o per le modalità di comunicazione dell'avvio del procedimento, ecc.) trovano applicazione le disposizioni procedurali della legge speciale, sussidiari e integrativi» della l. n. 241/90.

comma 2-*bis*, l. n. 241/90 come attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost.

Fatto salvo lo scrutinio di compatibilità, e con le precisazioni di cui si è detto, deve dunque ritenersi che ai procedimenti contenziosi trovino applicazione le disposizioni e i principi della l. n. 241/90, ivi compreso quello del giusto procedimento, i quali definiscono il livello minimo essenziale delle garanzie procedurali, preordinate ad assicurare la tutela delle posizioni soggettive degli amministrati.

Delineato, in termini sintetici, il quadro dei principi applicabili a detti procedimenti sanzionatori, occorre considerare che fino alla recente abrogazione dei commi 4-8 dell'art. 195 t.u.f., disposta dall'art. 4 dell'Allegato 4 del Codice del processo amministrativo (destinato ad entrare in vigore, ex art. 2, il 16 settembre 2010), nella materia *de qua* la giurisdizione era attribuita alla Corte di appello, la quale era stata confermata da diverse disposizioni successive alla l. n. 205/2000, (*i.e.*: dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 5/03; dall'art. 24, l. n. 262/05; dall'art. 16, d.lgs. n. 164/07). Peraltro, a norma dell'art. 133, lett. l) del Codice del processo amministrativo, le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori adottati dalla Banca d'Italia e dalla Consob sono ora devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Se dunque con l'indicata innovazione normativa viene mutata la competenza giurisdizionale in materia di provvedimenti sanzionatori, non può sfuggire che fino ad ora la stessa era attribuita al giudice ordinario, il quale era chiamato ad effettuare un sindacato che se, per un verso, sembrava avvicinarsi a quello compiuto dal giudice amministrativo – soprattutto tenuto conto che poteva annullare la determinazione relativa all'irrogazione della sanzione – per l'altro, laddove era esteso agli atti presupposti, si svolgeva «secondo i tradizionali parametri del processo civile avverso gli atti della pubblica amministrazione (come tali oggetto di mera disapplicazione e non di

annullamento)»⁵⁷. Il giudizio avente ad oggetto l'opposizione ai provvedimenti sanzionatori adottati ex art. 195 t.u.f., risultava infatti integrato, anche in relazione agli aspetti processuali, dalle disposizioni della legge generale in tema di sanzioni amministrative.

Non diversamente dal giudizio sull'opposizione all'ordinanza-ingiunzione di cui all'art. 22, l. n. 689/81, detto sindacato aveva ad oggetto l'esercizio di un'attività vincolata⁵⁸ che incideva su diritti soggettivi⁵⁹. Nel caso di specie, tenuto conto della tendenziale estensione dei principi della l. n. 241/90 ai procedimenti sanzionatori *de quibus*, l'obbligo di rispettare determinate garanzie procedurali essenziali determinava il venir in rilievo di situazioni soggettive che, tuttavia, non sembravano potersi sempre qualificare alla stregua di diritti soggettivi⁶⁰.

Deve però considerarsi che, a fronte dell'obbligo dell'amministrazione di garantire il contraddittorio, la partecipazione procedimentale, il diritto di difesa, la motivazione delle decisioni adottate, garanzie o meglio "doveri di protezione" che, come abbiamo evidenziato, costituiscono specificazione del principio del giusto procedimento, appaiono configurabili in capo ai soggetti

⁵⁷ Si v. F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002, spec. 272 s.

⁵⁸ Su detto carattere, che porta ad escludere che l'attività sanzionatoria possa essere assimilata a quella di vigilanza, si v.: Cass. sez. un., 24 gennaio 2005, n. 1362, in *Foro amm./CDS*, 2005, 694; Cass. sez. un., 18 marzo 2004, n. 5535, in *Foro amm./CDS*, 2004, 675 ; Cass. sez. un., 21 maggio 2004, n. 9730, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 877; Cass. sez. un., 27 aprile 2006, n. 9602, in <http://dejure.giuffre.it>.

⁵⁹ Del resto, anche la Consulta (si v. Corte cost., 4 marzo 1970 n. 32, in <http://www.cortecostituzionale.it>), ha statuito che non può ritenersi costituzionalmente illegittima l'attribuzione al giudice ordinario del potere di annullamento di un atto amministrativo che incida su un diritto soggettivo. Si v. anche Corte cost. sent. 23 luglio 2001, n. 275, in <http://www.cortecostituzionale.it>, ove si precisa che rientra in una scelta discrezionale del legislatore stabilire l'organo giurisdizionale cui spetta «conoscere ed eventualmente annullare il provvedimento o di incidere sui rapporti sottostanti, secondo le diverse tipologie di intervento giurisdizionale previste».

⁶⁰ A conferma di ciò può considerarsi che, a norma dell'art. 21-octies, l. n. 241/90, non sono annullabili soltanto i provvedimenti vincolati, adottati in violazione di norme sul procedimento (o sulla forma degli atti), allorché "sia palese" che il loro "contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". In mancanza di detto riscontro, deve riconoscersi che il regime proprio del provvedimento vincolato, posto in essere in violazione di principi e regole attinenti al procedimento, è quello dell'annullabilità.

interessati situazioni di diritto soggettivo⁶¹. Una qualificazione di tal fatta delle situazioni soggettive⁶² può ritenersi, invero, 'fisiologica', con riferimento alle attività procedimentali a regime privatistico, le quali non costituiscono estrinsecazione di poteri amministrativi. Se ciò è esatto, non sembra un fuor d'opera la devoluzione delle controversie al giudice ordinario nelle ipotesi esaminate in cui l'amministrazione è tenuta a procedimentalizzare la propria attività di diritto privato. Anche in considerazione del fatto che, come si è visto, il g.o. può svolgere un controllo giurisdizionale esteso al rispetto di principi generali applicabili ad attività procedimentali.

6. Considerazioni conclusive

Se tutte le attività privatistiche delle amministrazioni sono sottoposte ad un vincolo di scopo, soltanto alcune di queste sono a regime privatistico. È, in particolare, il legislatore a stabilire il regime delle attività privatistiche delle pubbliche amministrazioni.

Alcune indicazioni in ordine alla discrezionalità attribuita al legislatore nel determinare il regime delle attività delle amministrazioni pubbliche sembrano potersi desumere dall'art. 20, comma 4, lett. f-bis), l. 15 marzo 1997, n. 59 - introdotto dall'art. 1, l. 28 novembre 2005, n. 246 - ai sensi del quale tra i criteri direttivi che debbono essere seguiti nel disegno di legge governativo per la semplificazione amministrativa e il riassetto normativo, viene individuato anche quello riguardante la *«generale possibilità di utilizzare, da parte delle amministrazioni e dei soggetti a queste equiparati, strumenti di diritto privato, salvo che nelle materie o nelle fattispecie nelle quali l'interesse pubblico non può essere perseguito senza l'esercizio di poteri autoritativi»*.

⁶¹ In tal senso, si v.: A. ROMANO TASSONE, voce *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, II, 1998, spec. 985 s., secondo il quale le situazioni giuridiche soggettive, che abbiamo indicato nel testo, sono veri e propri diritti e non situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale, in quanto sono connaturati alla tutela della dignità del cittadino; in termini non diversi si v. anche: M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 287 s.

⁶² Costituisce un esempio paradigmatico di detta qualificazione in termini tanto di principio generale dell'ordinamento quanto di diritto soggettivo, l'accesso agli atti amministrativi di cui all'art. 22, l. n. 241/90.

La disposizione richiamata, rimettendo al legislatore la determinazione delle ipotesi nelle quali il perseguimento dell'interesse pubblico richieda l'esercizio di poteri amministrativi, pare postulare che l'interesse pubblico può essere efficacemente soddisfatto mediante l'utilizzo anche di strumenti privatistici. Ne consegue che se è rimessa, in prima battuta, al legislatore la determinazione del modulo d'azione della p.a. - ancorché in alcuni casi sia difficile immaginare un modulo diverso da quello pubblicistico - il medesimo potrebbe ritenere preferibile, in determinate ipotesi, non tanto l'utilizzo dello strumento privatistico quanto, più specificamente, la procedimentalizzazione dell'attività privatistica. Uno schema procedimentale, associato all'applicazione di altri istituti (quali, ad esempio, la responsabilità disciplinare, la responsabilità amministrativa per danno all'erario), in alcuni casi può forse garantire in modo altrettanto (se non maggiormente) soddisfacente la cura dell'interesse pubblico, nonché assicurare al contempo agli amministrati determinate garanzie.

Occorre chiedersi però al ricorrere di quali presupposti detta procedimentalizzazione di matrice privatistica possa reputarsi una valida alternativa all'amministrativizzazione dell'attività.

Se la conformità ai principi di imparzialità e buon andamento delle attività privatistiche delle amministrazioni è, di regola, assicurata mediante una fase di evidenza pubblica, ovvero mediante l'osservanza delle direttive o degli indirizzi impartiti dai competenti organi dell'ente pubblico, in alcune ipotesi, il perseguimento di questi principi costituzionali può considerarsi soddisfatto in modo altrettanto efficace mediante la sottoposizione dell'attività privatistica al rispetto di determinate garanzie che ne comportano la procedimentalizzazione. Indicazioni in questo senso sembrano potersi trarre dalla richiamata giurisprudenza costituzionale in tema di *spoils system*.

Nella stessa prospettiva, deve valutarsi altresì il fatto che il rispetto di regole procedurali non è fine a sé stesso, ma esprime l'esigenza di conformità ai principi costituzionali. In altri termini, l'attività dell'amministrazione ancorché a regime privatistico, laddove si sviluppa secondo uno schema procedimentale,

deve essere informata al rispetto di principi generali, i quali assicurano la trasparenza e la verificabilità delle scelte compiute.

Al riguardo, sembra potersi scorgere una linea di tendenza del diritto positivo: l'osservanza di alcuni principi generali, cui vengono sottoposte alcune attività privatistiche della p.a., impone di esternare le ragioni poste a fondamento delle scelte compiute, con la conseguenza di renderle verificabili, ed inoltre assicura sia la conformità ai canoni costituzionali che la tutela delle situazioni soggettive degli amministrati.

Il procedimento diviene allora la modalità attraverso la quale l'amministrazione deve adottare le proprie decisioni soprattutto allorché essa sia produttiva di effetti pregiudizievoli nei confronti dei destinatari, ovvero, in altre ipotesi, il procedimento costituisce un presupposto indefettibile per verificare se sussistono determinate condizioni che consentono di perseguire in via ottimale l'interesse pubblico.

Il procedimento inteso in questa prospettiva diviene allora il metodo attraverso il quale non si mira a conseguire un determinato risultato, ma si valuta se i risultati sono stati conseguiti o meno (come nelle ipotesi del procedimento di conferimento e di revoca degli incarichi dirigenziali) ovvero se sono stati violati determinati obblighi previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva (come nel caso del procedimento disciplinare), ovvero costituisce lo strumento per verificare se sussistono le condizioni per il conseguimento di determinati risultati (come nel caso dei procedimenti volti alla conclusione di un accordo bonario o di una transazione). Mentre nei primi due schemi procedurali indicati pare realizzarsi quella che può definirsi come una processualizzazione del procedimento⁶³, nella prospettiva, invece, considerata nel terzo schema, il procedimento serve ad acquisire gli elementi necessari per decidere, ancorché la decisione non sia posta in essere nelle forme procedurali. In quest'ultima ipotesi, i rimedi previsti dalla disciplina

⁶³ Ritiene che la prospettiva della processualizzazione del procedimento amministrativo, sia accolta anche in alcune decisioni della Corte costituzionale in tema di *spoils system*, L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, 2009, spec. 291, nota 54.

positiva per assicurare che l'amministrazione osservi gli adempimenti procedurali previsti *ex lege* sono individuabili essenzialmente nella configurazione di certi tipi di responsabilità imputabili in capo a determinati dipendenti.

È, tuttavia, nelle ipotesi in cui si realizza la processualizzazione del procedimento che il regime giuridico del medesimo pare potersi considerarsi neutrale: in definitiva, ciò che rileva non sembra essere la qualificazione dell'attività, bensì che determinati istituti di garanzia siano assicurati agli interessati.

L'iter procedimentale viene strutturato in modo da assicurare il contraddittorio tra le parti, ossia la possibilità di far valere le proprie ragioni attraverso un confronto dialettico.

L'obbligo di motivazione – che, ancorché non sia sempre previsto, è da ritenere abbia copertura costituzionale, in quanto, in conformità agli artt. 24 e 113 Cost., consente un controllo giurisdizionale pieno⁶⁴ – viene previsto anche relativamente ad atti a regime privatistico, al fine di rendere conoscibili le ragioni che portano l'amministrazione a determinate decisioni o che la inducono a formulare determinate proposte o a tenere certi comportamenti nei confronti dei privati⁶⁵.

Una volta che siano assicurati il contraddittorio, la partecipazione degli interessati e la motivazione della decisione⁶⁶, risultano, a ben vedere, soddisfatte quelle garanzie minime essenziali riconducibili al principio del

⁶⁴ In tal senso G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in <http://www.giustamm.it>, 3/2010, 6, il quale osserva altresì come non possa escludersi che l'obbligo di motivazione, previsto per gli atti normativi e di quelli amministrativi generali di Autorità indipendenti, possa assurgere a principio generale.

⁶⁵ Come sottolinea Corte cost., sent. 7 aprile 1988, n. 409, in <http://www.cortecostituzionale.it>, «se la disciplina prevede che un atto debba essere motivato in un certo modo o se ciò risulti sulla base dei principi elaborati dalla giurisprudenza, sarà possibile un sindacato giurisdizionale più ampio».

⁶⁶ Si consideri, peraltro, che garanzie quali il diritto ad essere ascoltati prima dell'adozione di decisioni pregiudizievoli (*i.e.*: la partecipazione), l'obbligo di motivazione, nonché la durata ragionevole del procedimento, sono contemplate dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

giusto procedimento, che sono strettamente connesse alla tutela del diritto di difesa⁶⁷.

Il principio del contraddittorio, come è stato evidenziato in dottrina, assolve ad una pluralità di funzioni, quali segnatamente: garantire il diritto di difesa, assicurare la partecipazione collaborativa e la rappresentanza degli interessi⁶⁸. Per quanto, poi, le garanzie inerenti al principio del contraddittorio si atteggiino in modo diverso a seconda del «tipo di funzione e della struttura delle relazioni giuridiche nelle quali si inserisce il potere esercitato», nei procedimenti sanzionatori d'ufficio il contraddittorio mira ad assicurare in modo rinforzato i diritti di difesa dell'incolpato⁶⁹.

Si tratta dunque di garanzie che sono ordinate soprattutto ad assicurare che l'azione dell'amministrazione sia imparziale, nonché il diritto di difesa dei soggetti interessati.

L'obbligo di assicurare determinate garanzie individuate *ex lege* o desunte dalla giurisprudenza quali principi generali, che presuppongano la procedimentalizzazione dell'agire *iure privatorum* dell'amministrazione, ingenera, però, anche un'aspettativa in ordine al fatto che l'attività privatistica della p.a. si espliciti effettivamente secondo uno schema procedimentale. Ne consegue che il mancato rispetto delle garanzie procedimentali o comunque l'omessa procedimentalizzazione dell'attività finisce per comportare una lesione della buona fede oggettiva, intesa non come norma integrativa della decisione (la quale presuppone l'esercizio di un potere discrezionale e dunque una ponderazione tra diversi interessi), ma come «norma sul procedimento»,

⁶⁷ Sottolinea come tra le varie funzioni svolte dal procedimento amministrativo sia compresa anche quella giustiziale del procedimento amministrativo, o meglio l'esigenza di tutelare il diritto di difesa dei soggetti coinvolti dall'esercizio del potere, che si traduce nell'obbligo di assicurare procedure partecipate, L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 2005, 119 s.

⁶⁸ Si v. sul punto M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, spec. 72 s.

⁶⁹ In tal senso, si v. sempre M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 76.

ossia come «norma ad applicazione esclusiva e diretta, implicante il vizio di violazione di legge»⁷⁰.

Peraltro, l'applicazione di un modello giustiziale alle attività privatistiche dell'amministrazione si deve ritenere configurabile soprattutto con riferimento a quelle attività procedurali che possono concludersi con una misura afflittiva. Ed è con riferimento a tali procedimenti che può forse considerarsi indifferente il regime giuridico, in quanto è nella proceduralizzazione dell'attività, che si determina quale conseguenza dell'obbligo di osservare certi principi generali, che si realizza la cura dell'interesse pubblico.

D'altra parte, detta tipologia di principi/diritti soggettivi, secondo la configurazione che si è tratteggiata, – siano o meno qualificati come livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale⁷¹ – sembra costituire il minimo comune denominatore (quantunque ancora in una 'fase embrionale', posto che allo stato attuale, il processo di enucleazione dei principi appare solo abbozzato) dei diversi procedimenti a regime pubblicistico e privatistico, che possono concludersi con una misura afflittiva.

⁷⁰ In tal senso F. MERUSI, *op. cit.*, 15. Osserva A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, spec. 236, che l'impiego dei principi pubblicistici costituisce un utile riferimento per ricostruire il comportamento che ci si può attendere dall'amministrazione datrice di lavoro, ed, in particolare come, laddove i principi di imparzialità e buon andamento siano utilizzati dal giudice ordinario per il tramite della buona fede, «non esprimano più il "dover essere" dal potere, ... ma traccino le linee del suo particolare "modo di essere", in quanto potere privato esercitato da una pubblica amministrazione».

⁷¹ Rileva come i livelli essenziali delle prestazioni debbano essere riconosciuti espressamente dalla legislazione e mette in guardia dalla tendenza recente del legislatore a voler qualificare determinati principi come l.e.p., ex art. 117, comma 2, lett. m) Cost., G. MORBIDELLI, *op. ult. cit.*, 7, sulla base del rilievo che detta tendenza rischia di distogliere l'attenzione dai principi generali (scritti e non scritti) ricavabili *aliunde*, che costituiscono *l'ubi consistam* di qualunque ordinamento.