



UNIVERSITA' DEGLI STUDI
"ROMA TRE"

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE
DI DIRITTO ED ECONOMIA "TULLIO ASCARELLI"
SEZIONE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO
XXIII° CICLO

***LE INTERFERENZE TRA LA POTESTÀ SANZIONATORIA
DISCIPLINATA DALLA LEGGE N. 689/1981 E LE GARANZIE
PARTECIPATIVE PREVISTE PER IL PROCEDIMENTO
AMMINISTRATIVO DALLA LEGGE N. 241/1990.
LE ISPEZIONI SUI LUOGHI DI LAVORO.***

A.A. 2010/2011

Dottorando:
DOTT. FRANCESCO ELEFANTE

Tutor: **PROF.SSA MARIA ALESSANDRA SANDULLI**

INDICE

Abstract

Premessa

SEZIONE I PARTECIPAZIONE E CONTRADDITTORIO COME DIRITTO E DOVERE DEL CITTADINO NEI RAPPORTI CON LA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

Introduzione

CAPITOLO I

*La valenza costituzionale del principio del “giusto procedimento”:
la regola dell’“audiatur et altera pars” nelle leggi nn. 689/1981 e
241/1990.*

- I) La costituzionalizzazione del principio del giusto processo come criterio interpretativo e limite (anche) al legislatore statale. La “democrazia procedimentale”. _____ (pag. 15)
- II) La dialettica “anticipata” nella legge n. 241/1990. _____ (pag. 36)
- III) *Segue*: ...e le tutele procedimentali “posticipate” della legge n. 689/1981. _____ (pag. 72)
- IV) La diversificazione della potestà pubblica in amministrativa in senso stretto e sanzionatoria: la distinzione, formale, ma soprattutto sostanziale, tra sanzioni amministrative punitive (c.d. “pure”) e “misure” amministrative riparatorie-ripristinatorie. L’autotutela diretta ed indiretta della funzione amministrativa. _____ (pag. 99)

CAPITOLO II
La partecipazione come dovere di cooperazione.
Le ispezioni sui luoghi di lavoro

- I) La disciplina dei poteri ispettivi in materia di lavoro. _____ (pag. 106)
- II) Il procedimento ispettivo: dall' accesso ispettivo alla irrogazione _____ delle _____ sanzioni amministrative. _____ (pag. 110)

SEZIONE II
LE FORME PARTECIPATIVE NEI PROCEDIMENTI
ISPETTIVI
SUI LUOGHI DI LAVORO
Introduzione

CAPITOLO I
Il contraddittorio dei datori di lavoro in sede di adozione del
provvedimento di sospensione dell'attività
imprenditoriale contra legem

- I) La comunicazione di avvio del procedimento: le fattispecie escluse e l'art. 21 *octies*, comma secondo, della _____ l. _____ n. 241/90. _____ (pag. 117)
- II) La natura del provvedimento di sospensione delle attività imprenditoriali: misura amministrativa "punitiva" o "ripristinatoria"? _____ (pag. 124)
- III) Il regime procedimentale del provvedimento di sospensione dalle recenti pronunce del TAR Veneto al D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (c.d. *Testo Unico sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*). _____ (pag. 137)
- IV) La recentissima sentenza della Corte Costituzionale n. 310 del 5 novembre 2010. _____ (pag. 150)

CAPITOLO II

Il diritto dei datori di lavoro alla discovery delle dichiarazioni rese dai lavoratori agli organi di vigilanza: la prevalenza del principio del contraddittorio sulla riservatezza dei lavoratori

- I) Il diritto alla visione degli atti della pubblica amministrazione. _____ (pag. 153)
- II) L'accesso agli atti dell'ispezione nell'ambito di indagini di _____ polizia giudiziaria. _____ (pag. 157)
- III) Il regime giuridico dei limiti al diritto di accesso agli atti ispettivi *ante* e *post* legge n. 15 del 2005. Il nuovo ruolo della Amministrazione nell'individuazione degli atti sottratti. _____ (pag. 162)
- IV) L'analisi puntuale del decreto 4 novembre 1994, n. 757, del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale alla luce dell'attuale articolo 24 della legge n. 241. Le dichiarazioni spontanee dei lavoratori. _____ (pag. 171)
- V) *Segue.* _____ Le _____ richieste _____ di intervento. _____ (pag. 189)
- VI) L'attinenza dell'interesse dei lavoratori alla segretezza delle dichiarazioni rilasciate rispetto alla nozione di *privacy*. _____ (pag. 195)
- VII) La "specialità" del regime procedimentale previsto dalla legge 24 novembre 1981, n. 689. _____ (pag. 200)

CAPITOLO III

La diversa valenza del fattore “tempo” nel procedimento amministrativo e nell’iter di irrogazione delle sanzioni amministrative

- I) Breve analisi comparativa delle sanzioni temporali rispettivamente previste nelle leggi nn. 241/1990 e 689/1981. _____ (pag. 205)
- II) L’oggetto del termine quinquennale di prescrizione del “diritto a riscuotere” e gli effetti degli atti interruttivi. Spunti _____ di _____ diritto comunitario. _____ (pag. 219)
- III) Il problema dell’omessa individuazione del *dies a quo* per _____ la _____ contestazione _____ della violazione. _____ (pag. 227)
- IV) L’assenza di un termine decadenziale per l’adozione dell’ordinanza ingiunzione. L’inapplicabilità del termine “conclusivo” previsto dall’art. 2 della l. n. 241/1990 ai procedimenti amministrativi sanzionatori. _____ (pag. 238)
- V) Una possibile interferenza: l’estensione dell’art. 3, comma 4, della legge n. 241/90 ai procedimenti sanzionatori. Il ruolo della motivazione ai fini del decorso del termine per la proposizione del ricorso in opposizione. _____ (pag. 246)

Bibliografia

ABSTRACT

Il presente studio ha ad oggetto la verifica dell'eventuale presenza di interferenze normative tra le garanzie partecipative previste dal modello procedimentale delineato dalla legge "generale" 8 agosto 1990, n. 241 e quelle di cui alla legge "speciale" sulle sanzioni amministrative 24 novembre 1981, n. 689.

L'obiettivo consiste nella dimostrazione che le tutele disciplinate dalla prima delle richiamate leggi costituiscano, nell'attuale assetto ordinamentale, un minimum inderogabile, avendo ormai acquisito la legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/1990 una posizione così sostanzialmente privilegiata da poter essere più propriamente definita come "legge materialmente rinforzata".

Attraverso l'instaurazione di un dialogo "circolare" con la Carta Costituzionale (artt. 3, 24 e 97), la legge n. 241/1990 ha acquisito, infatti, il ruolo di vero e proprio canone interpretativo per la rivisitazione - in chiave costituzionalmente orientata - degli assetti procedimentali ad essa antecedenti, tra i quali vi rientra, in primis, il procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative.

Al fine di dimostrare la validità dell'assunto, nel presente lavoro si è adottato, come vero e proprio banco di prova, l'ambito dell'accertamento dell'illecito amministrativo in materia di lavoro e previdenza sociale.

A tal proposito, è risultata in primis obbligatoria l'illustrazione del perché, a Costituzione invariata, il principio del c.d. giusto procedimento amministrativo si sia guadagnato ormai il rango di principio costituzionale.

Attraverso richiami sia dottrinari che giurisprudenziali si è innanzitutto cercato di attualizzare, in sostanza, il ragionamento secondo il quale il principio del c.d. giusto procedimento amministrativo spieghi ormai - vien da dire, finalmente - la sua efficacia vincolante non più nei riguardi del solo legislatore regionale - così come affermato dalla Corte Costituzionale nella superata sentenza n. 69 del 1963 - ma altresì nei confronti di quello statale.

Infatti, solo una volta dimostrata la valenza costituzionale dello stesso nell'ambito dell'odierno ordinamento giuridico, si è potuto procedere oltre con l'analisi, sintetica e comparata, delle discipline partecipative previste dai due citati

sistemi, quello del procedimento amministrativo generale e quello del procedimento sanzionatorio.

In via sempre preliminare è risultato altresì necessario, tuttavia, recuperare anche la distinzione - stavolta tutta dottrinarica - tra sanzioni amministrative meramente "punitiva" (c.d. "pure") e misure amministrative aventi finalità ripristinatoria-cautelare. Si è ritenuto, infatti, che solo in questo modo è possibile identificare ciò che realmente ricada nell'ambito della disciplina di cui alla legge n. 689/1981 e ciò che, viceversa, esula assolutamente dalla stessa.

Poste le necessarie premesse generali si è addivenuti, quindi, all'analisi delle specificità dell'iter sanzionatorio in materia di lavoro e previdenza sociale, così da poter affrontare con cognizione di causa le interferenze che certamente sussistono tra le due discipline procedurali.

Come detto, a riprova delle acquisizioni raggiunte a livello strettamente speculativo nella prima parte del lavoro, si è scelto quindi di procedere, relativamente alla seconda parte, con un metodo scientifico-analitico, selezionando tre specifici ambiti, ed in particolare: l'ammissibilità, nell'ambito dei procedimenti sanzionatori "laboristici", di una obbligatoria conoscenza preventiva dell'avvio del procedimento ispettivo da parte del datore di lavoro; il riconoscimento, in capo a quest'ultimo, del diritto di accesso agli atti ispettivi; e, infine, l'esistenza, o meno, di un diritto a non essere coinvolto ad infinitum in un procedimento ispettivo.

E' nell'ambito di queste tre fattispecie, infatti, che si è sviluppata l'indagine sull'ammissibilità di un'applicazione analogica delle regole procedurali previste dalla legge n. 241/1990 all'iter di irrogazione delle sanzioni amministrative in materia di ispezioni sui luoghi di lavoro.

In particolare, per quanto riguarda la prima fattispecie – avente ad oggetto, come detto, l'accertamento, anche nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, della sussistenza dell'obbligo della preventiva conoscenza dell'avvio del procedimento ispettivo da parte del datore di lavoro - si è scelto, quale campo di azione, il (sub)procedimento amministrativo finalizzato all'adozione del c.d. "provvedimento di sospensione delle attività imprenditoriali" svolte contra ius laboris di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 81 del 2008 (recante "Testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro").

Nella seconda fattispecie prescelta, invece, si è affrontata l'annosa questione del necessario riconoscimento, in capo al datore di lavoro, della prevalenza del diritto ad accedere agli atti ispettivi - in particolare alle dichiarazioni rese agli organi di vigilanza da parte dei lavoratori dipendenti - rispetto alla riservatezza delle informazioni da quest'ultimi rilasciate.

Nella terza ed ultima ipotesi applicativa si è affrontato, infine, il tema della sussistenza o meno, in capo al datore di lavoro, di un diritto a non essere coinvolto ad infinitum nel procedimento ispettivo in materia di lavoro e previdenza sociale. Il problema è sorto, infatti, a seguito del recente arresto delle Sezioni Unite della Suprema Corte secondo il quale non è attuabile un'estensione analogica (c.d. analogia iuris) del termine di conclusione previsto all'art. 2 della legge n. 241/1990 all'iter che porta all'adozione del provvedimento amministrativo "punitivo" (c.d. ordinanza-ingiunzione). Il che, unitamente alla circostanza che nessun termine di natura decadenziale è previsto con riferimento alla fase - ultima del procedimento sanzionatorio - che porta all'irrogazione della predetta sanzione amministrativa, inevitabilmente comporta un vulnus ai diritti partecipativi del datore di lavoro.

PREMESSA

E' noto che negli anni immediatamente precedenti e seguenti l'approvazione della legge 24 novembre 1981, n. 689, il dibattito dottrinario si incentrò principalmente sullo studio delle sanzioni amministrative. Per la prima volta, invero, era stata approvata una disciplina organica per la generalità delle sanzioni amministrative pecuniarie.

Tra i tanti illustri autori, affermava Aldo Travi¹ che l'approvazione della citata legge aveva segnato la conclusione di una fase dell'indagine (nello specifico, quella strettamente sostanziale) sulle sanzioni amministrative. Fino a quel momento, infatti, gli studi sulle sanzioni amministrative si erano concentrati esclusivamente sulla definizione di una disciplina generale delle stesse. Il che si era tradotto, in sostanza, nella ricerca e nell'individuazione di principi generali applicabili anche alle sanzioni amministrative.

L'attenzione era stata tutta rivolta ad estrapolare e selezionare i principi penali e civili dell'illecito al fine di estenderli alle sanzioni amministrative. Sotto questo profilo il lavoro di Zanobini² del 1924 rappresentava il risultato «più notevole»³ dell'indagine.

L'interesse, cioè, meno frequentemente si era rivolto al tema dell'azione sanzionatoria in sé.

Tuttavia è con l'approvazione della legge 8 agosto 1990, n. 241, prima, e la costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento amministrativo, poi, che si dà il vero avvio alla successiva fase di indagine, avente più propriamente ad oggetto la disciplina dell'azione amministrativa sanzionatoria, ossia il profilo più strettamente procedimentale della sanzione amministrativa.

L'instaurazione, tra la Costituzione e la legge generale sul procedimento amministrativo, di un vero e proprio «processo circolare»⁴ ha inevitabilmente imposto, infatti, di verificare se l'esercizio della potestà sanzionatoria, così come delineato (a quell'epoca) dalla legge n. 689/1981, sia ancora attualmente

¹ TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983.

² ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924.

³ TRAVI, *op. ult. cit.*

⁴ Così MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, I, 1992, 675 e ss., ripreso da MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in www.giustamm.it.

compatibile con i principi fondamentali previsti dall'ordinamento in punto di partecipazione e di diritto difesa nell'ambito dei rapporti con la pubblica amministrazione.

Occorre cioè appurare, in sostanza, se le prerogative dettate dalla legge n. 689/1981 in favore dell'incolpato necessitano o meno, ad oggi, di essere integrate dall'esterno.

La questione sorge in quanto le regole procedurali rispettivamente dettate dalle leggi nn. 689 del 1981 e 241 del 1990 non devono più essere viste come mere norme di azione della pubblica amministrazione.

Le stesse, invero, hanno ormai assunto il ruolo di precetti attuativi di prerogative costituzionali, essendo volte non solo ad assicurare che l'esercizio unilaterale del potere della pubblica amministrazione avvenga conformemente ai valori della trasparenza e dell'imparzialità, ma altresì ad attribuire ai singoli interessati autonome posizioni giuridiche soggettive⁵.

Tra queste ultime rileva, in primis, il diritto alla partecipazione ed al contraddittorio con la pubblica amministrazione, la cui tutela necessita - nell'ambito di ordinamento che si voglia definire effettivamente "civile" - di essere approntata principalmente in sede procedimentale e, solo eventualmente, in quella successiva di tipo giurisdizionale.

Non sono più ammissibili, infatti, ragionamenti volti ad eludere la prima forma di tutela in ragione della previsione della seconda.

Al riguardo è ormai matura la consapevolezza che una profonda distinzione sussista tra rapporto procedimentale, tutelato per mezzo di regole rivolte alla pubblica amministrazione, e rapporto sostanziale, tutelato dal potere giudiziario, ordinario ed amministrativo⁶.

Si tratta, ad onor del vero, di rapporti che hanno ad oggetto interessi diversi e che, tuttavia, presentano continue interferenze reciproche⁷. Tant'è che alla distinzione dei predetti rapporti corrisponde la diversificazione, a tutti nota, tra interesse procedimentale ed interesse sostanziale al c.d. bene della vita.

⁵ SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 39.

⁶ Anche nell'ambito della giurisdizione amministrativa, oltre che ordinaria, è ormai acquisito, infatti, che il vero oggetto del sindacato giurisdizionale non è l'atto in sé ma il rapporto.

⁷ SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., 39.

Senza trascurare che il limite della tutela offerta dal processo - ordinario o amministrativo - all'interesse alla correttezza formale della procedura è ormai evidente e non più tollerabile: basti pensare al fatto che l'annullamento, così del provvedimento come della sanzione, è una misura successiva che può intervenire (e di fatto interviene) a distanza di molto tempo dalla conclusione del procedimento.

Se a ciò si aggiunge che il processo è diventato uno strumento per la definizione del "rapporto" tra il privato e la pubblica amministrazione - perché rivolto a verificare la fondatezza dell'interesse sostanziale del ricorrente - e che, di conseguenza, la pretesa all'osservanza degli obblighi procedurali è secondaria se non estranea al processo⁸, si comprende come non si può più ridimensionare la tutela procedimentale dell'interesse del singolo affermando che lo stesso è già processualmente tutelato. In tal modo si crea, nell'ambito sanzionatorio ma non solo, un evidente vuoto di tutela.

Non vi è chi non veda che intanto è possibile una richiesta di tutela sostanziale del proprio interesse nell'ambito del processo in quanto vi sia stato un corretto svolgimento a monte del procedimento amministrativo.

Nell'ambito del procedimento, nel quale si valutano pretese concernenti interessi a beni della vita, si sviluppano infatti interessi che attengono, seppur mediamente, comunque ai predetti beni della vita⁹.

Interessi c.d. mediati relativamente ai quali la tutela di tipo giurisdizionale non è grado di dare risposte.

L'interesse procedimentale assurge quindi a situazione soggettiva autonomamente protetta perchè attiene a «quelle che una volta si indicavano con il nome generico di forme del procedimento e che la dottrina contemporanea identifica più articolatamente in atti del procedimento necessari o per introdurre in esso dei fatti da valutare, o per introdurre rappresentazioni di scienza e giudizi tecnici esterni, o per introdurre giudizi ponderativi fatti da centri di interesse tanto interni quanto esterni al procedimento»¹⁰.

⁸ SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., 37.

⁹ Così SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., 95.

¹⁰ GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss., e 1964, 12 ss. e 217 ss.

Si avrà così modo di vedere che l'interesse procedimentale si atteggia diversamente a "partecipazione" o "contraddittorio" a seconda che il rapporto con la pubblica amministrazione abbia natura collaborativa o contenziosa; e che, tuttavia, tale distinzione, seppur rilevante, rimane comunque connotata da un sostrato comune, ossia dall'essere meramente descrittiva della diversa dimensione che il diritto di "controllo" nell'ambito del procedimento può assumere a seconda che quest'ultimo abbia ad oggetto la comparazione tra interessi pubblici e privati o la mera tutela dell'interesse pubblico (come avviene per le sanzioni).

A dimostrazione dell'assunto si è scelto, quale banco di prova per l'analisi sulla compatibilità costituzionale dell'assetto procedimentale delineato dalla legge n. 689/1981 - sotto la lente di ingrandimento delle acquisizioni indotte dalla legge n. 241/1990 - quello delle ispezioni sui luoghi di lavoro.

In tale ambito dell'ordinamento, infatti, floride sono le occasioni rispetto alle quali si è posto un problema di interferenza - perché di questo si tratta in ultima analisi - tra i due impianti procedimentali.

Sul tema, infatti, più volte è intervenuta, casisticamente, la giurisprudenza mentre manca ancora, allo stato, uno studio di carattere sistematico.

Tra i molteplici punti di osservazione possibili la preferenza è stata accordata alla disciplina della comunicazione di avvio del procedimento, a quella del diritto di accesso agli atti e, infine, a quella prevista in punto di termine di conclusione del procedimento. Istituti che, per un motivo o per un altro, mettono in maggior risalto i limiti propri della disciplina dei poteri sanzionatori.

SEZIONE I
PARTECIPAZIONE E CONTRADDITORIO COME DIRITTO E
DOVERE DEL CITTADINO NEI RAPPORTI CON LA FUNZIONE
AMMINISTRATIVA

Introduzione

La verifica dell'eventuale esistenza di interferenze normative tra le garanzie partecipative previste dal modello procedimentale delineato dalla legge "generale" 8 agosto 1990, n. 241 e quello di cui alla legge "speciale" delle sanzioni amministrative 24 novembre 1981, n. 689, richiede che venga innanzitutto esaminata la questione della valenza costituzionale, o meno, del principio del c.d. giusto procedimento amministrativo nell'ambito dell'attuale ordinamento giuridico.

Si tratta cioè di accertare, in via preliminare, se il principio del c.d. giusto procedimento amministrativo spieghi la sua efficacia vincolante non più limitatamente al solo legislatore regionale - così come affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 69 del 1963 - ma altresì nei confronti di quello statale.

Infatti, solo una volta che venga dimostrata l'acquisizione (attuale) del rango costituzionale da parte del suddetto principio, può procedersi oltre con l'analisi sintetica e comparatoria delle discipline partecipative previste dai due sistemi, quello del procedimento amministrativo generale e quello del procedimento sanzionatorio.

Prima della conclusione del capitolo I si avrà modo di menzionare anche la distinzione tra sanzioni amministrative meramente "punitive" (c.d. "pure") e misure amministrative aventi finalità ripristinatoria-cautelare. Ciò in quanto solo in tal modo è possibile identificare ciò che realmente ricade nell'ambito della disciplina di cui alla legge n. 689/1981 e ciò che, invece, esula assolutamente dalla stessa.

Nel capitolo II si analizzeranno, invece, le specificità dell'iter sanzionatorio in materia di lavoro e previdenza sociale, così da poter affrontare con cognizione di causa le interferenze che certamente sussistono tra le due discipline procedimentali con riguardo a tre temi selezionati, ossia: ammissibilità, nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, di una conoscenza preventiva dell'avvio del procedimento ispettivo da parte del datore di lavoro; riconoscimento, o meno, in capo a quest'ultimo del diritto di accesso agli atti ispettivi; e, infine, esistenza o meno di un diritto a non essere coinvolto ad infinitum in un procedimento ispettivo.

CAPITOLO I
**La valenza costituzionale del principio del “giusto
procedimento”: la regola dell’“*audiatur et altera pars*” nelle leggi
n. 689/1981 e n. 241/1990.**

I) La costituzionalizzazione del principio del giusto processo come criterio interpretativo e limite (anche) al legislatore statale. La “democrazia procedimentale”.

L’analisi storico-istituzionale del rapporto tra potere pubblico e cittadini¹¹ ha mostrato nel tempo due contrapposti modelli di pubblica amministrazione: l’uno, quello dell’amministrazione autoritaria ed unilaterale, l’altro, quello dell’amministrazione partecipata e paritaria¹².

Il primo modello, nato in Francia con Napoleone (1769-1821), si caratterizza per l’esistenza di una struttura istituzionale di tipo verticale in cui il potere è accentrato nelle mani del sovrano attraverso la creazione di un’organizzazione strettamente gerarchica dell’amministrazione, detentrica di sovranità - ovviamente sul piano strettamente esecutivo - perché collegata con il vertice del potere.

Anche dopo la creazione del c.d. codice napoleonico, infatti, il diritto amministrativo, inteso come disciplina dell’esercizio del potere pubblico sulla collettività, rimane nettamente e volutamente separato dal diritto civile, in quanto diritto speciale e superiore: al diritto privato (*rectius*, comune), caratterizzato dal principio della parità dei protagonisti (essenzialmente i proprietari) perché basato sul consenso tra le parti, si contrappone il diritto dello Stato e della pubblica amministrazione, espressione, invece, dei caratteri propri, ed opposti, dell’organizzazione autoritaria ed unilaterale delle istituzioni.

L’azione amministrativa, subita dal cittadino-suddito perché legittimata dal collegamento con il sovrano, non conosce quindi una cultura del procedimento

¹¹ Il metodo di approccio utilizzato, ossia l’analisi della struttura istituzionale del potere così come sviluppatosi nel corso della storia nelle varie nazioni, si giustifica per il profondo convincimento per cui solo muovendo dall’osservazione e dall’analisi del piano istituzionale possono comprendersi le caratteristiche del diritto della pubblica amministrazione.

¹² CARANTA, FERARRIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005, 1 e ss.

amministrativo, perchè la partecipazione del singolo, ove eventualmente prevista, si giustifica solo perché necessitata dal singolo caso specifico rimanendo in ogni caso rivolta a soddisfare l'esclusivo interesse della pubblica amministrazione.

Il secondo modello, invece, si sviluppa in Inghilterra con Giovanni Senza Terra (1166-1216) il quale mediante la concessione della *Magna Charta* - forse il primo documento fondamentale che riconosce veri e propri diritti agli interessati dall'esercizio della funzione pubblica - fonda l'idea che il potere pubblico debba essere non solo decentrato ma soprattutto gestito con il consenso costante dei cittadini. Dal che ne discende la necessità che il suo esercizio debba avvenire secondo canoni procedurali che ne garantiscano il necessario controllo.

Nasce così il sistema istituzionale-esecutivo dei paesi anglosassoni, ove il potere pubblico esiste perchè costantemente legittimato dal consenso popolare ed intanto è esercitabile, sul piano esecutivo, perchè ontologicamente "partecipato". Assolutamente eccezionali rimangono, infatti, le ipotesi di esercizio autoritario, immaginabili solo perchè tassativamente ed espressamente previste dalla legge.

Il procedimento amministrativo assume così a forma di controllo, e quindi di garanzia, da parte del cittadino "rappresentato", che deve essere sempre coinvolto, sin dai primi momenti dell'azione pubblica, perchè la decisione finale è il risultato della partecipazione del contraddittorio di tutte le parti.

Dopo aver delineato, in modo volutamente succinto e generico, le due configurazioni "estreme" di pubblica amministrazione, è quasi intuitivo affermare, volgendo lo sguardo all'evoluzione delle istituzioni pubbliche "italiane" (con riferimento al periodo che va dal Regno d'Italia all'approvazione della Carta costituzionale, passando attraverso l'esperienza nevralgica del Fascismo) che entrambe le culture filosofiche hanno preso piede nella penisola italiana, ed anzi può dirsi - senza incorrere in conclusioni affrettate - che ancora oggi, nella vigenza dello Stato repubblicano italiano, incessanti sono i movimenti tesi alla ricerca di un equilibrio tra le due impostazioni, che ciclicamente sembrano alternarsi in ragione delle contingenze emergenti.

Basti pensare, infatti, che nell'arco di un solo secolo (1861-1946) v'è stato il trapasso da una istituzione pubblica di influenza francese, in cui la pubblica amministrazione agiva per il tramite di atti esclusivamente autoritativi ed unilaterali,

e rispetto ai quali la soggezione del cittadino era così forte che questo si atteggiava più propriamente a “suddito” – esperienza avvalorata ed amplificata dal regime fascista – ad una cultura, da quest’ultimo indotta ed ontologicamente influenzata, della necessaria rappresentanza del potere, ossia, in una parola, della Democrazia.

Con la Costituzione del 1948 la posizione del cittadino si trasforma da mero suddito in “rappresentato nelle istituzioni” ed in “partecipe all’esercizio del potere”, con la contestuale ed inevitabile affermazione, sul piano del potere esecutivo, del principio di legalità, sia sostanziale che procedurale.

Tuttavia, ancora oggi, resta aperta la questione della individuazione del limite soprattutto minimo, ma anche massimo, della partecipazione del “rappresentato” all’esercizio del potere pubblico da parte dei “rappresentanti”, seppur mediato dalla pubblica amministrazione.

In Costituzione, difatti, vi sono alcuni principi, espressamente sanciti o desumibili dall’insieme delle norme ivi previste, che prevalgono su tutti gli altri, e tra questi *in primis* vi è l’impostazione democratica dello Stato, cioè il fatto che il potere deve essere esercitato in nome e per conto del popolo (art. 1 Cost.).

Lo stesso articolo 97 della Costituzione - più volte citato, come vedremo, dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa contemporanea - altro non costituisce, in realtà, una delle espressioni di tale principio, accanto al diritto di voto ed all’equilibrio dei poteri dello Stato.

Il principio democratico impone che l’azione della pubblica amministrazione debba sempre, e soprattutto nel momento del suo concreto operare, tener conto della fonte del suo potere, perché questo, nascendo secondo un movimento ascensionale, è ontologicamente limitato e prevedibile *ex ante*. Con la conseguenza, quindi, che all’esercizio del potere deve accompagnarsi il riconoscimento, in capo a chi lo subisce, di garanzie idonee a vincolarlo al perseguimento del fine prestabilito.

E questa garanzia è data dalla legge, che consente di affidare taluni poteri ad alcuni soggetti e che ammette la graduazione degli interessi in gioco, consentendo, eventualmente, il loro sacrificio in nome di altri interessi di maggior spessore¹³.

In quest’ottica, quindi, la pubblica amministrazione può operare con poteri penetranti, ma chi ne subisce le conseguenze deve essere garantito con vari mezzi, da

¹³ ZUBALLI, SAVOIA, *La motivazione dell’atto amministrativo*, Milano, 1999, 7.

quelli procedurali a quelli giurisdizionali, fino alle elezioni, espressione ultima della democrazia rappresentativa.

In democrazia non v'è potere che non sia limitato da una qualche forma di garanzia: pesi e contrappesi.

Come sostenuto in dottrina¹⁴, *«la trasparenza dell'azione amministrativa (nelle diverse forme in cui si realizza: motivazione del provvedimento, partecipazione al procedimento dei soggetti, pubblici e privati, che possono avervi interesse, pubblicità degli atti e dei documenti amministrativi e diritto di accesso ai medesimi da parte di chi ne faccia richiesta) costituisce un'esigenza assolutamente fondamentale degli ordinamenti democratici, ponendosi come strumento indispensabile a realizzare un effettivo e diretto rapporto tra governanti e governati, per il fatto di consentire a quest'ultimi una più consapevole partecipazione all'operato dei pubblici poteri e un più pieno controllo della relativa rispondenza agli interessi sociali e ai precetti legislativi e costituzionali».*

La partecipazione dei governati all'esercizio del potere amministrativo, ha trasformato i cittadini da spettatori a protagonisti, reimpostando, in modo radicale e democratico, i rapporti tra amministratori ed amministrati.

La filosofia della democrazia (o della legalità) procedimentale, infatti, imponendo una partecipazione di quest'ultimi di tipo "sostanziale" all'attività, non soltanto ha modificato in profondità le linee direttive dell'operato dei pubblici poteri, ma ha soprattutto comportato, e tuttora comporta, una trasformazione anch'essa sostanziale dell'amministrazione, una vera e propria deriva dall'amministrazione "autorità" a quella di amministrazione "servizio", alla cui base c'è l'ispirazione per cui i soggetti pubblici devono uniformare la propria condotta a criteri efficientistico-collaborativi e dar conto ai privati del loro operato.

Tuttavia, se si abbandona il piano delle riflessioni, di carattere essenzialmente politico-costituzionale, e si guarda alla realtà, soprattutto normativa, dei fatti, si scopre che sino a "ieri" (ossia al 1990) la mancanza di una disciplina generale sul procedimento amministrativo consentiva alla pubblica amministrazione - nella vigenza dello Stato repubblicano - di decidere con assoluta libertà in merito non solo all'opportunità ma soprattutto alle modalità dell'intervenire, connotando quindi

¹⁴ M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, aggiornamento, Milano.

l'agere amministrativo come autoritario e, per questo, non rispondente ai valori costituzionali di democraticità precedentemente esposti.

E' per siffatta ragione che la dottrina ed la giurisprudenza di questo arco temporale di mezzo (che va dalla Costituzione alla legge n. 241/1990) si è prodigata nel ricercare e nel far discendere le garanzie partecipative direttamente dalla Costituzione.

Appartiene alla storia del diritto italiano la tesi – solo recentemente recepita, come si cercherà di dimostrare nelle pagine che seguono, dalla giurisprudenza costituzionale – di Roherssen¹⁵ secondo il quale il principio del giusto procedimento è “principio costituzionale”, diretto a consentire agli interessati l'intervento negli *interna corporis* dell'azione pubblica, intervento che può realizzarsi a titolo collaborativo (allo scopo, quindi, di permettere ai cittadini di fornire all'amministrazione procedente elementi atti a consentire una migliore ponderazione del provvedimento) o difensivo (ossia al fine di consentire ai destinatari del provvedimento di tutelare i propri interessi nel corso dell'*iter* procedimentale).

In sostanza, pur non essendo *expressis verbis* sancito in Costituzione, il principio del giusto procedimento, in quanto corollario della democraticità dell'ordinamento statale, ha fondamento e rilevanza costituzionale, e quindi, in ultima analisi, carattere vincolante nei confronti del legislatore anche statale.

E' anche secondo questo metodo di approccio che, secondo il citato autore, deve essere letta ed interpretata la Costituzione, ed in particolare, l'articolo 3, che nello stabilire il principio di uguaglianza impone, tra l'altro, la partecipazione dei privati al procedimento perché è anche grazie a questa che si attenua la disuguaglianza esistente tra l'autorità pubblica, munita del potere decisionale, ed i cittadini, interessati ad un corretto uso di tale potere; l'articolo 21, in tema di libera manifestazione del pensiero, che postula anche il diritto degli interessati a rendere

¹⁵ ROHERSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, Atti del XXXII Convegno di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 18-20 settembre 1986. Sul problema della valenza costituzionale o meno del principio del giusto procedimento, ossia della necessaria previsione di garanzie partecipative, si vedano altresì i significativi contributi di: SALA, *Imparzialità dell'Amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, 433; ID., *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, vol. I, Milano, 1985; SCIULLO, *Il principio del giusto procedimento tra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986, 291; CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962, 130; SCHINAIA, *Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo*, in *Foro Amm.*, 1987, 1, 377.

note le proprie ragioni attraverso la partecipazione al procedimento; l'articolo 24, che nel consacrare il diritto di difesa lo garantisce non solo nell'ambito processuale (*rectius*, giurisdizionale) ma anche, e prima ancora, in sede procedimentale; l'articolo 97, che, da un lato, attraverso il principio di imparzialità, impone che l'azione amministrativa debba essere necessariamente confortata dall'acquisizione, attraverso la partecipazione anche degli interessati, di tutti gli elementi utili per la decisione finale, pena l'inadeguatezza e non imparzialità dell'istruttoria, e che, dall'altro, mediante il principio di buona amministrazione, disegna la partecipazione al procedimento come strumento indispensabile nel momento della ponderazione e valutazione degli elementi comunque acquisiti¹⁶.

L'anima (post-fascista) che ha ispirato i padri costituenti – interessati prioritariamente alla protezione della persona umana in tutte le sue manifestazioni ed in tutti i suoi aspetti - e le singole disposizioni costituzionali che l'hanno tradotta per iscritto, impongono quindi una democrazia anche nell'azione amministrativa, e ciò ancor prima delle singole leggi ordinarie, che tutt'al più devono essere viste come una delle molteplici e possibili forme di attuazione (minima) della Costituzione.

Certamente risponde a verità la riflessione per cui essendo la disciplina attuativa dei citati postulati costituzionali contenuta - come d'altronde è normale che sia - in una legge ordinaria e non direttamente ed in modo espresso nel testo della Costituzione, permane - come già avvertito in dottrina all'indomani dell'approvazione della legge n. 241¹⁷ - il rischio che lo stesso legislatore ordinario

¹⁶ VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1997, 25, secondo il quale «se scopo della disciplina del procedimento non è solo quello di consentire una verifica ed un controllo (sia interno che esterno) sull'attività dell'Amministrazione, ma è anche ormai – più modernamente – quello di consentire la evidenziazione degli interessi e, soprattutto, una cooperazione tra i vari soggetti alla esplicazione della funzione amministrativa, deve decorsi che il fondamento costituzionale del principio del contraddittorio e di partecipazione (che, al pari del diritto di accesso, ha carattere strumentale e non già finale) non è soltanto da rinvenirsi negli artt. 97, primo comma, 24 e 113 Cost. (costituendo le relative norme un efficace strumento per assicurare il buon andamento dell'amministrazione e la tutela delle posizioni giuridiche attive), ma anche nell'art. 3, comma secondo, della Costituzione il quale, quantunque riferito espressamente ai lavoratori (quale categoria più debole) garantisce a tutti i cittadini l'effettiva partecipazione alla organizzazione del Paese». In tale ultima direzione anche GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, 56, il quale rileva che l'art. 3 Cost. «individua il momento e lo strumento della partecipazione come momento e strumento essenziale per tutta l'organizzazione pubblica e per tutta la vita della nazione (con il rilievo che il riferimento ai lavoratori significa soltanto che anche la categoria che poteva apparire di più debole forza doveva poter partecipare integralmente a tutta la vita del Paese».

¹⁷ CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991, 49.

possa a sua volta sentirsi autorizzato a derogare, se non addirittura ad eliminare, in futuro il principio della necessaria partecipazione degli interessati all'azione amministrativa.

Ma è altrettanto vero, però, che con una consapevolezza senza uguali è lo stesso legislatore ordinario del 2009¹⁸ ad aver stabilito, integrando le disposizioni previste dalla legge n. 241/1990, che «*attengono ai livelli essenziali*» - *id est*, livelli minimi inderogabili - «*delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti*».

Sicché, oggi più che mai, deve attualizzarsi e condividersi l'opinione di chi¹⁹ in passato ha ritenuto che una volta disciplinato «*tale principio*»(della necessaria procedimentalizzazione della partecipazione dell'interessato) «*in via legislativa, la Corte Costituzionale possa agevolmente intervenire per cercare di razionalizzare l'ordinamento [...] magari utilizzando, come tertium comparationis, le norme della legge generale sul procedimento amministrativo nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionali basati sull'articolo 3 della Costituzione*».

Come a dire che le garanzie partecipative previste dalla legge n. 241/1990 sono ormai il *minimum* sotto il quale non è più possibile scendere perchè una volta acquisita, con consapevolezza e maturità, la cultura della legalità procedimentale non è più possibile tornare indietro.

In sostanza - anticipando quanto si dirà tra breve - tra la Costituzione e la legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 si è instaurato un indissolubile «*processo circolare*»²⁰, alla cui stregua deve essere valutato l'ordinamento nel suo complesso: la legge n. 241/1990 ha assunto ormai, come direbbero gli studiosi di diritto costituzionale, la posizione di legge sostanzialmente «*rinforzata*». Di ciò v'è

¹⁸ Il riferimento è all'articolo 29 della legge n. 241/1990 come modificato dall'articolo 10 della Legge 18 giugno del 2009, n. 69.

¹⁹ CARTABIA, *op. ult. cit.*, 49

²⁰ Così MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, I, 1992, 675 e ss., ripreso da MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in www.giustamm.it.

testimonianza d'altronde nello sviluppo interpretativo che la Corte Costituzionale ha offerto sul tema della costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento amministrativo.

Tuttavia, prima di affrontare *funditus* tale centrale questione – di cui a breve - è necessario premettere, in estrema sintesi, qualche considerazione sulla portata che il principio del contraddittorio assumeva nello svolgimento dell'attività amministrativa anteriormente, dapprima, alla Costituzione e, poi, alla stessa legge 241/1990²¹, e quindi in un contesto in cui non era ancora in atto il suddetto “*processo circolare*”.

L'affermazione del principio generale della necessaria partecipazione dell'interessato o, se si preferisce, del giusto procedimento, viene fatto risalire, in dottrina²², alla codificazione operata dall'articolo 3, comma 1, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E.

La legge abolitrice del contenzioso amministrativo, nel limitare la tutela giurisdizionale alle sole situazioni di diritto soggettivo, individuava nel contraddittorio procedimentale lo strumento idoneo a fornire una qualche tutela alle posizioni soggettive che non assurgevano al rango di diritti. Le osservazioni e le deduzioni che gli interessati erano ammessi a presentare, ai sensi dell'art. 3, comma 1, cit., venivano infatti ad assolvere il ruolo di strumento embrionale di tutela delle situazioni di mero interesse.

Tuttavia, la mancanza, nel sistema introdotto dalla legge del 1865, di garanzie giurisdizionali nelle materie nelle quali non si faceva questione di diritti soggettivi consentiva all'amministrazione di eludere l'obbligo del previo contraddittorio.

Tant'è che è solo con l'istituzione nel 1889 della IV° Sezione del Consiglio di Stato, ovvero del giudice competente a conoscere gli interessi e ad annullare gli atti amministrativi, che si afferma in via giurisdizionale la rilevanza della violazione del contraddittorio - attraverso l'annullamento del provvedimento amministrativo per eccesso di potere - quante volte il potere fosse stato esercitato *inaudita altera parte*.

In tale contesto normativo era ovvio, infatti, che non essendo state espressamente sancite tali garanzie in alcun testo ufficiale, la qualificazione della

²¹ SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004.

²² CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. Giur. Serafini*, 1970, 93 e ss; GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, 33.

violazione come vizio di eccesso di potere non solo era obbligata ma consentiva al giudice amministrativo di dare allo stesso una modulata forza espansiva, così anticipando quello spirito di democrazia (o, se si preferisce, di legalità) procedimentale che ispirerà i padri costituenti.

In sintesi, già antecedentemente all'adozione della Carta costituzionale si avverte in modo forte il problema del contraddittorio, tanto da attuarlo in via giurisprudenziale.

Tuttavia, immediatamente dopo questa prima fase di massima sensibilità, si assiste, paradossalmente, ad una dequotazione della partecipazione.

Ciò a seguito, da un lato, della tendenza della Suprema Corte di Cassazione, in qualità di giudice dei conflitti, a censurare per difetto assoluto di giurisdizione le sentenze del Consiglio di Stato perché ritenute invasive della sfera riservata all'amministrazione attiva (sul presupposto che, utilizzando un sindacato condotto secondo criteri di giustizia ed equità, e non attraverso una vera e propria norma giuridica, il giudice amministrativo indebitamente invadeva la sfera libera di azione e le facoltà discrezionali della p.a.); dall'altro, degli interventi normativi di volta in volta adottati dal legislatore, il quale, recependo alcuni indirizzi del giudice amministrativo, introdusse, in modo assolutamente asistemico però, singole e circoscritte norme di garanzia.

Attraverso quest'ultimo, in sostanza, si determinò una riqualificazione della inosservanza delle garanzie procedurali come violazione di legge, dando origine così ad una vera e propria involuzione. In tale nuovo contesto trova terreno fertile, infatti, la tesi secondo la quale l'inosservanza delle forme del procedimento viziano la procedura solo se espressamente previste e disciplinate da una specifica norma di legge, che in quel periodo, e sino al 1990, rimane ancora connotata dal carattere della settorialità.

L'introduzione poi, a pieno regime, delle forme di tutela giurisdizionali riduce ulteriormente l'importanza accordata alla prospettiva di una tutela già in sede procedimentale: il baricentro del rapporto tra amministrazione ed amministrato si sposta infatti dal procedimento al controllo giurisdizionale sul provvedimento, perché è solo la lesione che questo reca, ossia la non conformità dell'atto alla legge, a giustificare la tutela dell'interessato da parte del giudice.

L'istituto delle osservazioni e delle deduzioni delle parti viene - per l'insieme delle ragioni brevemente riportate - ridotto quindi a ruolo marginale, essendo applicabile solo ai procedimenti nei quali è espressamente previsto e disciplinato dalla normativa speciale.

La situazione non muta immediatamente dopo l'adozione della Costituzione.

Mentre la dottrina accentua i nessi tra procedimento ed interesse legittimo ed il valore non solo processuale ma anche sostanziale di quest'ultimo, astraendo dalle norme costituzionali la vigenza di un principio generale del contraddittorio²³, la giurisprudenza, soprattutto costituzionale, mantiene - a differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti²⁴ - un atteggiamento restrittivo, perseverando nel negare al principio della partecipazione amministrativa una valenza generale in ragione dell'assenza di una disposizione esplicita, o, se si preferisce, della laconicità in tal senso della Costituzione.

E' pur vero che quando la Corte Costituzionale, con la sentenza 2 marzo 1962, n. 13, si occupò del principio del giusto procedimento negandogli rango costituzionale, il quadro normativo non favoriva certo una tale acquisizione giuridica: i fondamenti di diritto positivo dai quali questo poteva essere dedotto e sviluppato erano piuttosto tenui ed inadeguati, stante l'assenza, tra l'altro, di un'influenza comunitaria, ancora in nuce, e la presenza, sul piano normativo, del solo art. 3 della citata legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E.

Con la pronuncia del 1962 si affermò, infatti, il principio che la regola secondo la quale il legislatore deve predisporre un procedimento amministrativo - attraverso il quale gli organi competenti provvedono ad imporre concretamente limitazioni ai diritti dei cittadini dopo aver fatto gli opportuni accertamenti e dopo avere messo i privati in condizioni di esporre le proprie ragioni, sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico - non ha rango costituzionale

²³ SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 11, ed ivi C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini in La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 256, che collega il contraddittorio al principio di imparzialità; BARONE, *La partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, Milano, 1969, 46, il quale desume invece la valenza generale del principio del contraddittorio, oltre che dall'art. 97 Cost., dagli art. 1 e 113 Cost e dal principio della sovranità popolare, giusta il quale i cittadini sono vicini all'attività dei pubblici poteri; GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, 16, per il quale l'art. 24 Cost. ha elevato a precetto costituzionale il principio del contraddittorio, inteso come predicazione dell'uguaglianza tra le parti, che permea ogni forma di attività pubblica.

²⁴ Il riferimento è alla diversa prospettiva accolta negli ordinamenti dell'area anglosassone, nei quali la regola dell'*audi alteram partem* è considerata principio di giustizia naturale.

quanto piuttosto la più limitata portata di principio generale dell'ordinamento, con il conseguente effetto di vincolare unicamente il legislatore regionale²⁵.

Convinzione che viene ribadita, all'indomani dell'approvazione della legge n. 241/1990, con la sentenza della Corte Costituzionale n. 103 del 19 marzo 1993²⁶, ove, con toni inequivocabili, viene stabilito che «*la disciplina del procedimento amministrativo è rimessa alla discrezionalità del legislatore nei limiti della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali, fra i quali, secondo la giurisprudenza di questa Corte (C.Cost. sentenza n. 23 del 1978; ordinanza n. 503 del 1987), non è compreso quello del giusto procedimento, dato che la tutela delle situazioni soggettive è comunque assicurata in sede giurisdizionali dagli artt. 24 e 113 della Costituzione*».

Ragionamenti di tal guisa - ispirati dalla logica per cui la tutela degli interessi già in sede procedimentale non è irrinunciabile essendo già prevista e garantita in Costituzione la tutela giurisdizionale degli stessi - non sono purtroppo estranei, come si vedrà, neanche nel recente ma ormai mutato contesto culturale²⁷.

Tuttavia, l'influenza esercitata dall'appartenenza dell'Italia all'ordinamento comunitario unitamente all'approvazione di una legge generale sul procedimento amministrativo, hanno inevitabilmente spinto verso un cambiamento di prospettiva e, sia consentito, di civiltà.

La Corte di Giustizia ha infatti ripetutamente affermato, con sentenze efficaci *erga omnes*, che il principio del giusto procedimento - di derivazione costituzionale anglosassone, greca, spagnola e portoghese - è ormai acquisito al diritto comunitario e la sua portata è talmente generale da essere applicabile anche al di fuori delle ipotesi nelle quali è espressamente previsto²⁸.

²⁵ Corte Costituzionale, 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. Cost.*, 1962, 126, con nota di CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*. In generale, GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971; PALIERO, TRAVI, *Voce Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, 397.

²⁶ Corte Costituzionale, sentenza 19 marzo 1993, n. 103, in *www.giurcost.it*.

²⁷ Il riferimento è alla sentenza della Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 1987 del 2010.

²⁸ SCOGNAMIGLIO, *op ult. cit.*, 18, la quale riporta, a titolo di esempio, Corte di Giustizia, 23 ottobre 1974, causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association c. Commissione CE*, in *Racc.*, 1974, 1063. Inoltre, La valenza generale del principio del rispetto del diritto di difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona che possa sfociare in un atto lesivo è stata ribadita anche da Tribunale di primo grado, 18 gennaio 2000, n. 290, *Dehibas BV c. Commissione*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 1201, con nota di GNES.

Pure in assenza di una disciplina normativa generale sul procedimento amministrativo, la giurisprudenza comunitaria non ha avuto difficoltà ad enucleare - dai principi generali del diritto condivisi dagli Stati membri, dalle norme del Trattato²⁹, dai principi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché, infine, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione - un insieme di principi fondamentali in tema di procedimento, di garanzie delle parti e di prerogative a queste spettanti³⁰.

Tale elaborazione giurisprudenziale, che ha dato vita in via pretoria ad un corpo di principi piuttosto stabili in materia - al punto da giustificare l'affermazione dell'esistenza di una normazione compiuta sul procedimento amministrativo comunitario (c.d. *aquis* comunitario) - e la stessa azione della amministrazione comunitaria, che come è risaputo si avvale delle strutture amministrative degli stati membri, hanno dato forza e vigore al modello di "amministrazione partecipata", imprimendo agli ordinamenti degli stati membri la tendenza ad uniformarsi.

²⁹ Con riferimento specifico al Trattato sull'Unione europea si tenga presente, ad esempio, l'art. 253 (oggi art. 296, comma 2, del Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'Unione europea, ratificato dall'Italia con legge 2 agosto 2008, n. 130, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009), che estende l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi addirittura agli atti normativi.

³⁰ SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 19 secondo la quale, per quanto concerne, nello specifico, le norme del Trattato, «oltre all'art. 255, che sancisce il diritto di qualsiasi cittadino dell'Unione di accedere ai documenti del Parlamento, del Consiglio e della Commissione, principi rilevanti in materia di attività amministrativa e di procedimento amministrativo sono sanciti dagli artt. 220 e 230 del Trattato». Nelle norme citate, a detta dell'autore, si rinviene l'enunciazione del principio di sottoposizione dell'amministrazione non solo alla legge in senso stretto, ma in generale al diritto. Intesa in questa accezione, la legalità dell'amministrazione sarebbe da intendere in senso molto più ampio sino a comprendere nel suo ambito l'imparzialità, nonché il buon andamento e la buona amministrazione. Per quanto riguarda, invece, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, rilevano, in particolare, l'art. 6, concernente il diritto ad una decisione equa ed imparziale, e l'art. 46 sulla giustiziabilità dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta. Al riguardo, CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, tomo I, Milano, 2003, 238, richiama l'ampia giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cui ascrive il merito di aver tratto dalla norma dell'art. 6 - che è una norma processuale - una norma di diritto sostanziale e di averne dunque sancito l'applicabilità al procedimento amministrativo. Infine, per quel che concerne la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, secondo SCOGNAMIGLIO rileva in particolare l'art. 41, che enuncia il diritto ad una «buona amministrazione», e lo specifica nel senso di garantire ad ogni individuo che «le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione», «il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti sia adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio», «il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi, della riservatezza e del segreto professionale».

Al riguardo, densa di profondità è l'osservazione dottrinarica secondo la quale non può esistere una legalità dell'azione amministrativa comunitaria distinta dalla legalità dell'azione delle amministrazioni degli stati membri³¹.

Tant'è che la Carta di Nizza, prima, ed il Trattato di Lisbona, poi, hanno espressamente costituzionalizzato nell'ordinamento europeo la regola del contraddittorio sancendo «*il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio*»³².

Che la direzione ormai inevitabilmente intrapresa - non senza, tuttavia, alcune irragionevoli regressioni³³ - sia nel senso della necessità che la tutela degli interessi sia apprestata dapprima in sede procedimentale, e solo successivamente in ambito giurisdizionale, senza che la presenza di quest'ultima autorizzi a poter dequotare la prima, emerge con sempre maggior forza da alcuni recenti interventi della Corte Costituzionale.

Una rivalutazione in tal senso si desumeva già, seppur in modo ancora velato, nella sentenza n. 57 del 1995, che dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 4 della legge sulla disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali perché, nel prevedere la possibilità di irrogare alle organizzazioni sindacali una sanzione nel caso di violazione della disciplina ivi prevista (art. 2), non era stata prevista «*alcuna fase procedimentale di contestazione dell'addebito ovvero alcun momento di*

³¹ CASSESE, *Il diritto amministrativo comunitario*, in AA. VV., *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994; ID., *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, 376, il quale pone in evidenza come la creazione di un diritto amministrativo comune agli stati membri, o per lo meno l'individuazione di un corpo di principi comuni - legalità, motivazione dell'atto amministrativo, partecipazione al procedimento, sindacato giurisdizionale della discrezionalità, garanzia dell'esecuzione delle sentenze - si debba proprio al fatto che le amministrazioni nazionali agiscono in rete con le amministrazioni sovra nazionali e l'esecuzione della funzione comunitaria è affidata anche agli apparati amministrativi degli stati membri, oltre che dell'Unione. Circostanza questa che necessariamente impone l'adozione del medesimo modello di attività e che questa debba conformarsi ai medesimi principi non potendo esistere una legalità dell'azione comunitaria distinta dalla legalità dell'azione delle amministrazioni degli stati membri, a maggior ragione nel momento in cui si realizzano forme di integrazione sempre più strette tra competenze amministrative comunitarie e nazionali. Sul punto anche FRANCHINI, *La Commissione della Comunità europea e le amministrazioni nazionali: dall'ausiliarità alla coamministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 1993, 669; CHITI, FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, 49.

³² CASTIELLO, *Il principio del giusto procedimento. Dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte Costituzionale*, in *Foro amm.-CDS*, 1, 269, 2008.

³³ Il riferimento è alla sentenza della Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 1786 del 2010.

contraddittorio». La pronuncia assume un'importanza centrale, in realtà, non tanto per ciò che in essa viene affermato, ma per come perviene a tale conclusione.

Viene espressamente utilizzato, infatti, come parametro la disciplina della partecipazione dettata dalla legge n. 241/1990, facendo rilevare che *«la necessità di comunicare l'avvio di una fase conoscitiva»* è *«riconducibile all'art.7, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, che ha carattere generale ed è quindi integrativa anche di procedimenti amministrativi disciplinati da disposizioni anteriori»*.

E' da questo momento in poi che i giudici costituzionali³⁴ fanno leva sulla legge sul procedimento per affermare che: *«la pubblicità dell'azione amministrativa ha assunto, specie dopo l'entrata in vigore della legge 241/1990 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), il valore di un principio generale, che attua sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art.97 Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti dell'amministrazione (artt.24 e 113 Cost.)»*; *«l'esistenza di una preventiva fase valutativa si presenta essenziale per assicurare, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, il rispetto dei principi del giusto procedimento, all'esito del quale dovrà essere adottato un atto motivato che, a prescindere dalla sua natura giuridica, di diritto pubblico o di diritto privato, consenta comunque un controllo giurisdizionale. Ciò anche al fine di garantire – attraverso la esternazione delle ragioni che stanno alla base della determinazione assunta dall'organo politico – scelte trasparenti e verificabili, in grado di consentire la prosecuzione dell'attività gestoria in ossequio al precetto costituzionale della imparzialità dell'azione amministrativa»*; *«agli stessi principi si riporta la disciplina del giusto procedimento, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, per cui il destinatario dell'atto deve essere informato dell'avvio del procedimento, avere la possibilità di intervenire a propria difesa, ottenere un provvedimento motivato, adire un giudice»*.

³⁴ Cfr Corte Costituzionale, sentenze nn. 505 del 1995, 460 del 2000, 104 del 2006, 103 e 104 del 2007.

Insomma, l'introduzione della legge n. 241/1990, unitamente alla maggiore consapevolezza acquisita in merito ai condizionamenti che quest'ultima esercita sul piano dell'interpretazione della Carta costituzionale, inaugura una nuova tendenza.

Come già evidenziato, secondo una attenta dottrina³⁵, tra la Costituzione e la legislazione ordinaria si è creato «*un processo circolare*», per cui «*le indicazioni della Costituzione vengono sviluppate dal legislatore ordinario, e a sua volta quest'ultimo contribuisce alla determinazione del significato delle disposizioni costituzionali*».

Di ciò vi è chiara traccia nella recente sentenza della Corte Costituzionale n. 104 del 2007³⁶, avente ad oggetto il c.d. *spoil system* dei direttori generali delle aziende sanitarie della regione Lazio.

Attraverso la pronuncia si passa dalla mera consapevolezza al precetto, segnando così il punto ultimo di arrivo, ossia la costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento, che configurato dalla sentenza n. 13 del 62 come «principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato» (vincolante come tale per il solo legislatore regionale) si erge a principio di rango costituzionale (con il conseguente obbligo di conformità anche per quello statale).

Nella citata sentenza n. 104 la Corte osserva che ai principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 della Cost. si collega «*la disciplina del giusto procedimento, specie dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, per cui il destinatario del provvedimento deve essere informato dell'avvio del procedimento, avere la possibilità di intervenire a propria difesa, ottenere un provvedimento motivato, adire un giudice*». Principi che la normativa contenuta nella legge statutaria Regione Lazio istitutiva dello *spoil system* non aveva rispettato nel momento in cui ha disciplinato la decadenza automatica dei Direttori generali delle A.S.L. in assenza di qualsiasi forma di garanzia del contraddittorio nonché della motivazione espressa.

Ma la vera novità della pronuncia risiede inoltre nella circostanza che essendo le Regioni investite, a norma dell'articolo 117, quarto comma, Cost., di potestà

³⁵ MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, I, 1992, 675 e ss., ripreso da MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in www.giustamm.it.

³⁶ Corte Costituzionale, sentenza n. 104 del 2007, in www.giurcost.it.

legislativa esclusiva in ordine alla propria organizzazione amministrativa - e, quindi, di riflesso anche le aziende sanitarie, suoi enti strumentali - intanto è stato possibile per la Corte Costituzionale applicare ad esse il principio del giusto procedimento, in quanto, ai sensi dell'art. 117, comma 1, venga riconosciuto a quest'ultimo il rilievo di principio di rango costituzionale (stante l'inapplicabilità dei principi dell'ordinamento statale nelle materie soggette a potestà esclusiva regionale ex comma 4 dell'art. 117 Cost.).

Ma il ragionamento non è ancora finito.

E' importante altresì sottolineare che in tale frangente la Corte si rifà, per addivenire alla statuizione di incostituzionalità della richiamata normativa della Regione Lazio, esclusivamente ai parametri di cui all'art. 97 Cost., senza seguire, invece, la più agevole opzione (dal ricorrente sollevata) dell'appartenenza della materia (il c.d. *spoil system*) alla disciplina del rapporto di lavoro, notoriamente e pacificamente rientrante nella competenza esclusiva dello Stato in ragione della clausola "ordinamento civile" prevista dall'art. 117, comma secondo, lett. l.

In conclusione, sulla valenza costituzionale del principio del giusto procedimento, e, quindi, sulla copertura e fondamento costituzionale degli istituti del procedimento non nutrivà dubbi, come già detto, il giudice amministrativo anteriormente alla legge n. 241 del 1990 (se non addirittura prima ancora della stessa Costituzione, come in precedenza riportato).

Ma la consapevolezza di pochi diventa, come si è cercato sin qui di dimostrare, regola generale solo molto tempo dopo l'approvazione della legge 241 del 1990.

Una certa omogeneità si è sempre riscontrata, invece, in merito alla riconduzione della regola della necessaria partecipazione all'art. 97 della Costituzione. Ricorrenti sono state le affermazioni che le regole sancite dalla legge n. 241/1990 costituiscono diretta espressione dei principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità dell'attività amministrativa; che il contraddittorio procedimentale, con il quale si è inteso dare attuazione ai principi di buon andamento e di imparzialità, ha valenza generale e deve essere trattato alla stregua di

un principio di sostanza costituzionale, per cui ogni disposizione che limiti o escluda i diritti di partecipazione deve essere oggetto di interpretazione restrittiva³⁷.

Allo stesso tempo non sono mancati richiami ad altri parametri costituzionali. E' questo il caso della giurisprudenza, minoritaria rispetto a quella appena richiamata, che fondava, ad esempio, la comunicazione di avvio del procedimento al rispetto «dei principi di uguaglianza e solidarietà tratteggiati dagli art. 2 e 3 della Costituzione», considerandola corollario del «sistema di democraticità delle decisioni»; la motivazione al principio di effettività della tutela giurisdizionale e l'accesso al diritto di difesa, di cui agli art. 24 e 113 della Costituzione.

Vale la pena citare in questa sede, a titolo di esempio, quanto affermato a tal proposito dal TAR Lazio³⁸ nella recente sentenza n. 1087 del 2005, ove si legge che *«l'istituto della partecipazione, introdotto (e generalizzato) dalla legge n. 241 del 1990, è certamente espressione ed attuazione del principio costituzionale del buon andamento dell'azione amministrativa (Corte cost., 23 luglio 1997 n. 262, in Cons. Stato 1997, I, 1128). Esso, infatti, in attuazione di una regola di democrazia e di trasparenza, consente il controllo dell'azione della P.A. in corso di svolgimento, permette una più completa ed esauriente acquisizione al procedimento degli interessi pubblici e privati coinvolti e contribuisce a realizzare una definizione preventiva dei conflitti con innegabile effetto deflattivo del contenzioso amministrativo e giurisdizionale. La riconducibilità dei principi di partecipazione e del giusto procedimento all'art. 97 della Costituzione non significa, peraltro, che essi siano assistiti in assoluto da garanzia costituzionale (cfr. Corte cost. 24 febbraio 1995 n. 56; 31 maggio 1995 n. 210, in Cons. Stato 1995, II, 245 e 906); non vuol dire, cioè, che la mancata osservanza di essi da parte di una legge ordinaria determini sempre e comunque il vizio di incostituzionalità per violazione del predetto art. 97. Essi costituiscono piuttosto criteri di orientamento, come per il Legislatore così per l'interprete (Corte cost., sentt. nn. 56 e 210 cit.). Orbene, tale natura ne consente la deroga tutte le volte in cui questa risponda a criteri di logica e di ragionevolezza e*

³⁷ *Ex plurimis*, TAR Campania, Napoli, sez. IV, 6 novembre 1007, n. 10679; ID., 6 dicembre 2006, n. 10440; ID., 25 luglio 2006, n. 7680; ID., 13 gennaio 2006, n. 651. Inoltre, cfr. la giurisprudenza richiamata da CARDONE, *Il procedimento amministrativo e i diritti di partecipazione*, in Associazione "Gruppo di Pisa", *Convegno annuale, Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*.

³⁸ TAR Lazio, Roma, sez. I, sentenza 07 febbraio 2005, n. 1087.

soprattutto quando essa sia finalizzata alla salvaguardia di valori costituzionali parimenti rilevanti e meritevoli di tutela».

In conclusione, il riconoscimento della valenza costituzionale del principio del giusto procedimento in realtà vi è sempre stato implicitamente, sia prima, che, a maggior ragione, dopo l'introduzione della legge n. 241/1990. Ciò che è mancato è solo una profonda maturazione e capacità di lettura delle disposizioni costituzionali da parte della giurisprudenza, soprattutto costituzionale.

Idealmente, quindi, si potrebbe distinguere una prima stagione (fino al 1990) in cui l'articolo 97 della Costituzione viene asservito alla creazione, da parte del giudice amministrativo, di regole procedurali non espressamente previste dal legislatore, ed una seconda stagione nella quale, attraverso la legge n. 241/1990, la giurisprudenza costituzionale, seppur con passo lento, dà contenuto alle disposizioni costituzionali.

Il provvedimento amministrativo non è il momento centrale del procedimento, dovendosi spostare il baricentro dell'interesse sull'istruttoria e su tutti gli atti su cui esso si fonda.

Da ultimo un'ultima considerazione è necessario svolgere.

Nel corso del presente paragrafo si è volutamente utilizzato come sinonimi i termini "partecipazione" e "contraddittorio", mentre in realtà i due sostantivi, pur afferendo entrambi al procedimento sono espressione di due diversi modi di intendere e concepire l'*agere* amministrativo.

Secondo una prima concezione, il procedimento amministrativo ha lo scopo di consentire all'amministrazione di valutare appieno ed in modo coordinato la pluralità di interessi, pubblici e privati, coinvolti dall'azione amministrativa, affinché unicamente attraverso il tramite della cooperazione dei soggetti portatori si addivenga alla traduzione, in termini di atto, dei principi generali di imparzialità e di buon andamento³⁹. Uno strumento, quindi, di compartecipazione previsto non già nell'interesse esclusivo dell'Amministrazione (perché altrimenti si ritornerebbe ad un

³⁹ Per tale concezione si segnalano in dottrina GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 155; CARDI, voce "Procedimento amministrativo", in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991; A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Atti del XXXX convegno di Varenna*, Milano, 1987, 155; TEDESCHINI, voce "Procedimento amministrativo", in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 872; VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 171.

mascherato modello unilaterale di azione, sulla falsariga di quello francese delineato in apertura), ma nell'interesse più generale dell'ordinamento, in cui l'amministrare è espressione dello Stato-comunità e non già dello Stato-apparato.

Secondo altra impostazione, invece, il procedimento è essenzialmente un meccanismo che viene previsto ed attuato per consentire un controllo ed una verifica sullo svolgimento e sulla concreta attuazione della funzione pubblica, permettendo così ai soggetti incisi dal provvedimento, e comunque a tutti gli interessati, di tutelare le proprie posizioni giuridiche soggettive⁴⁰.

Come evidenziato in dottrina⁴¹, è alle predette due principali funzioni che si ispirano, rispettivamente, i termini "partecipazione" e "contraddittorio", nient'affatto coincidenti.

Mentre il "partecipare" ha un significato più ampio, descrivendo la generale possibilità di incidere sulle determinazioni dell'Amministrazione (c.d. partecipazione in funzione di collaborazione), il "contraddire", nella sua derivazione prevalentemente processualistica, indica la possibilità per gli interessati di interloquire attraverso una partecipazione di stampo difensivo, in un contesto, cioè, di conflitto tra interessi (c.d. partecipazione in funzione di garanzia).

Tale scontata premessa è utile per distinguere - anticipando quanto sarà oggetto di approfondimento nel paragrafo successivo - il diverso approccio che si riscontra tra la "partecipazione" al procedimento amministrativo *tout court*, ossia al procedimento delineato dalla legge n. 241/1990, in cui l'intervento degli "interessati" avviene sin dal momento iniziale del procedimento stesso, ed il "contraddittorio", invece, nel procedimento amministrativo sanzionatorio di cui alla legge n. 689/1981, che presuppone l'esistenza di una posizione strettamente antagonista, una partecipazione ad un procedimento già iniziato, in ultima analisi, un soggetto già "inciso" da una tesi da contrastare.

L'esplicita diversità concettuale dei termini "partecipazione" e "contraddittorio", così ampia da descrivere due istituti profondamente distinti e diversi (e così è stato fino al recente passato) è accomunata però oggi, ed è questo l'elemento di vera novità, da un substrato ineliminabile. *Id est*, il riconoscimento di

⁴⁰ LIBERATI, *Il procedimento amministrativo*, Padova, 2008, 164; MELE, *Preavviso di diniego e garanzie partecipative*, 2006, 3983.

⁴¹ VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1997, 16 e ss.

forza e valenza costituzionale al principio del giusto procedimento, il quale, in tale nuova veste, impone una rivisitazione dei rapporti tra i due termini, una rimeditazione, in sostanza, sull'influenza esercitata dalle forme partecipative previste dalla legge n. 241/1990 nei confronti delle scarse garanzie disciplinate dalla legge n. 689/1981.

La posizione ormai assunta all'interno dell'ordinamento italiano dalle disposizioni previste dalla legge n. 241/1990 - in tema, per intenderci, di comunicazione di avvio del procedimento, di accesso agli atti e, infine, di durata massima del procedimento - consacrate, come detto, anche dallo stesso legislatore del 2009 come attinenti «*ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione*», impone un raffronto e, ove eventualmente necessario, un'integrazione della disciplina sul procedimento amministrativo sanzionatorio previsto dalla legge n. 689/81, che, seppur cronologicamente entrata in vigore poco più di un decennio prima, soffre oggi, a maturità acquisita, una "distanza di legalità" non più altrimenti tollerabile.

Insomma, la legge n. 241/1990 non è una legge "del" procedimento amministrativo ma "sul" procedimento, costituendo quella che, secondo una felicissima intuizione, è stata chiamata in dottrina «*legge di garanzia minima, dato che essa aggiunge e non toglie garanzie, non sopprimendo tutto ciò che l'ordinamento in precedenza assicurava*» cosicché «*in tal modo la disciplina della maggior parte dei procedimenti amministrativi è oggi regolata dal combinato disposto della l. n. 241/90, dai principi generali elaborati dalla giurisprudenza e dalla legge specifica di ogni singolo procedimento*»⁴².

La proclamata e pretestuosa incompatibilità⁴³ a quest'ultima della disciplina contenuta nella legge 24 novembre 1981, n. 689, ed in particolare delle norme disciplinanti l'*iter* di irrogazione delle sanzioni amministrative, necessita, a seguito della costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento, di essere nuovamente meditata - ed in parte rivalutata - sotto la lente di ingrandimento, tanto per fare degli esempi, degli istituti della comunicazione di avvio del procedimento

⁴² VIRGA, *op. ult. cit.*, 5.

⁴³ Nel senso della compatibilità, e quindi della possibile integrazione dei due sistemi normativi, VIRGA, *op. ult. cit.*, 77.

sanzionatorio, dell'accesso agli atti dell'accertamento ispettivo, della durata dell'accertamento, e così via dicendo.

Al fine di non rimanere, tuttavia, nel campo delle mere astrazioni, si è scelto di unire, ad una prima parte dedicata allo studio in generale delle due leggi, un approfondito momento di analisi dei possibili "intrecci" tra le due normative, selezionando, tra i vari campi possibili, lo specifico settore dell'accertamento dell'illecito amministrativo in materia di lavoro, offrendo questo numerosi momenti di contatto e frizione.

Si tratta cioè di verificare se anche al settore specifico delle ispezioni in materia di diritto del lavoro sia estensibile il ragionamento talvolta svolto in passato dalla Corte Costituzionale la quale, nell'affrontare il problema delle relazioni tra normativa generale sul procedimento e le normative speciali anteriori, ha stabilito il principio in base al quale *«pur in assenza di norme pregresse che contemplino obblighi comunicativi analoghi a quelli in questione» (ex lege n. 241, n.d.r.), si applicano, comunque, le garanzie ai fini della partecipazione previste dalla legge sul procedimento a favore del privato»⁴⁴.*

⁴⁴ Corte Costituzionale 5 novembre 1996, n. 383, in *Cons. St.*, 1996, 1907; in dottrina, CARANTA, FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 40.

II) La dialettica “anticipata” nella legge n. 241/1990 ...

Si è visto che i termini “partecipazione” e “contraddittorio” si legano a significati profondamente diversi, essendo l’uno più propriamente riferibile ai procedimenti *latu sensu* amministrativi, l’altro a quelli tipicamente sanzionatori.

Tale considerazione rispecchia, invero, la diversa natura dell’interesse pubblico coinvolto nei due modelli procedimentali.

Come osservato in dottrina⁴⁵, infatti, il procedimento amministrativo di tipo sanzionatorio si discosta alquanto dal procedimento amministrativo “classico”, perché mentre quest’ultimo è la sede di acquisizione e comparazione di interessi, al procedimento sanzionatorio è estranea qualsiasi comparazione e «*valutazione discrezionale di interessi pubblici specifici*».

La sanzione - che secondo l’impostazione prevalente⁴⁶ appartiene alla categoria delle “*decisioni amministrative*” - è, difatti, il «*prodotto di un procedimento costruito in modo da dar rilievo ad un conflitto di interessi, nel quale emerge un particolare specifico interesse dell’amministrazione*», ossia «*l’interesse alla giusta soluzione del conflitto, cosicché intento delle legge non è solo quello di garantire la migliore soddisfazione dell’interesse amministrativo*».

Difatti, la stessa viene irrogata secondo criteri giuridici di giudizio e si caratterizza per la ricerca in forma contenziosa sia della realtà storica dei fatti - e della loro concreta qualificazione alla luce della norma violata - sia della soluzione del conflitto, che è proposta in termini di diritto e non di comparazioni di interessi.

⁴⁵ TRAVI, *Sanzioni amministrative e P.A.*, Padova, 1983, 93.

⁴⁶ TRAVI, *op. ult. cit.*, 112; NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol XI, Milano, 1962, il quale considera come decisioni amministrative gli atti amministrativi di accertamento formati in modo contenzioso, è cioè mediante un procedimento costruito in modo tale da far rilievo ad un conflitto, e nel quale procedimento emerge come interesse tipico dell’amministrazione l’interesse alla giusta soluzione del conflitto. Nella ricostruzione che segue sulle sanzioni amministrative si è fatto particolare riferimento alla tesi di NIGRO. Si è considerato determinante, ai fini della qualificazione di un atto amministrativo come decisione, il riferimento a un procedimento contenzioso nel quale l’azione amministrativa risulta strettamente funzionale all’esigenza di dare una «giusta» definizione al conflitto. Con tale espressione non si intende fare riferimento ad una generica conformità dell’atto alla legge, ma si intende affermare che l’atto viene assunto secondo criteri giuridici di giudizio, e che la soluzione del conflitto è proposta qui in termini di diritto e non di valutazione di interesse (per questa ragione, ad esempio, non rientra tra le decisioni un provvedimento che dichiara la pubblica utilità di un’opera nonostante il rilievo che assume il contraddittorio nel procedimento e l’attinenza del provvedimento anche alla soluzione di un conflitto).

Nell'*iter* sanzionatorio non si rinvencono, perché esclusi, margini di discrezionalità, assumendo rilevanza unicamente la cognizione del fatto storico e la sua qualificazione in base al precetto prestabilito. Emergono, in sostanza, esclusivamente profili di cognizione, valutazione e qualificazione, giammai di scelta in senso tecnico⁴⁷.

Basti pensare, al riguardo, che il presupposto per l'applicazione della sanzione è l'accertamento di quanto già avvenuto, secondo una prospettiva rivolta soltanto al passato, rimanendo invece assolutamente esclusa qualsiasi forma di ponderazione in divenire.

Anticipando quanto sarà chiarito *funditus* nel successivo paragrafo, l'effetto imposto con l'atto sanzionatorio non è il "sacrificio", inteso in senso generico, tipico dei provvedimenti amministrativi lesivi di interessi legittimi (oppositivi o pretesivi), ma è "pena", perché non realizza direttamente, attraverso il metodo della comparazione, finalità future di pubblico interesse, ma consegue al mero accertamento di responsabilità.

Ed è per questo che i termini "partecipazione" e "contraddittorio" descrivono due modi differenti di intendere il ruolo rivestito dal privato all'interno del procedimento: l'uno come funzionale alla migliore cura dell'interesse pubblico - nel senso che il partecipante, arricchendo con le proprie prospettazioni la quantità e la qualità del materiale informativo, contribuisce all'adozione della decisione più corretta (ed in ciò risiede, appunto, la democratizzazione del processo decisionale, nel senso che coloro che risultano interessati dalla decisione della pubblica amministrazione concorrono alla sua formazione) - l'altro, invece, come funzionale unicamente alla tutela del singolo interesse privato nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo.

Ciò posto, deve aggiungersi che la più volte descritta, e rimarcata, differenziazione tra i termini "partecipazione" e "contraddittorio" non resta confinata su di un piano squisitamente teorico, come sin qui esposto, ma comporta effetti

⁴⁷ TRAVI, *op. ult. cit.*, 114. In dottrina soprattutto CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative*, in AA.VV., *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, ha sottolineato il carattere non discrezionale delle valutazioni dell'amministrazione inerenti l'applicazione di una sanzione. Il carattere non discrezionale dei provvedimenti sanzionatori è affermato anche da Corte Cost. 4 marzo 1970, n. 32, in *Foro it.*, 1970, 1,1026, secondo la quale il provvedimento sanzionatorio non è atto discrezionale e che la stessa valutazione dell'entità della sanzione da applicare in concreto implica apprezzamento di merito e non apprezzamento discrezionale.

dirompenti sul piano strettamente pragmatico, ed in particolare in punto di disciplina procedimentale.

E così, ad esempio, in relazione alla individuazione dei soggetti legittimati rispettivamente ad intervenire o a contraddire nel procedimento.

E' evidente, infatti, che se la funzione svolta dai singoli è quella di collaborare alla migliore cura possibile dell'interesse pubblico, è logico ed inevitabile che detta legittimazione sia riconosciuta - come del resto avviene secondo i moduli dell'agire stabiliti dalla legge n. 241/1990 - nella misura più ampia possibile a tutti gli interessati, a prescindere dalla circostanza che l'interesse, di cui siano titolari, assurga a situazione di interesse legittimo o rimanga confinato ad interesse di mero fatto o diffuso⁴⁸; mentre, alla stessa stregua, è palese che se la funzione del procedimento è, invece, quella di riconoscere al privato dei momenti di difesa del proprio interesse nei confronti dell'esercizio del potere, è chiaro che l'ordinamento (nello specifico, la legge n. 689/81) circoscriva tale legittimazione ad una ristretta cerchia di soggetti, e cioè ai soli destinatari della "pena" irroganda.

Nella stessa direzione è forse ancora più utile considerare che, a seconda della veste assunta, cambia il momento in cui il singolo "interessato" è reso edotto dell'avvio del procedimento, essendo, in ragione della natura e del contenuto dell'apporto da assolvere, temporalmente diversa la possibilità riconosciuta allo

⁴⁸ Sulla disciplina del diritto di intervento nel procedimento amministrativo delineato dalla legge n. 241/1990 si segnalano in dottrina: CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991; CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2010; CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *GA*, 2004, 59; DI NITTO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *RTDP*, 1999, 731; FALCON, *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Padova, 2008; FERRARA R., *Il procedimento amministrativo visto dal terzo*, in *DP AMM*, 2003, 1025; FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (Dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996; FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *D. AMM*, 1996, 11; LOMBARDI R., *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008; MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) MAZZAROLLI-PERICU-ROMANO-ROVERSI MONACO-SCOCA, I, Bologna, 2005, IV ed, 633; OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 347; SANDULLI M.A. (a cura di) *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, 2000; SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione all'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *D. AMM.*, 2002, 283; TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *DP AMM*, 2000, 635; VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo e legittimazione processuale*, in *DP AMM*, 1992, 171; VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

stesso di intervenire, tant'è che non a un caso si è scelta l'endiadi "dialettica anticipata" e "tutele procedimentali posticipate".

Difatti, è sufficiente scorrere anche velocemente la disciplina rispettivamente prevista sul punto dalle leggi nn. 241/90 e 689/81, per accorgersi che mentre nel procedimento amministrativo l'amministrazione procedente ha l'obbligo di comunicare «ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti», «a quelli che per legge debbono intervenire», nonché ai «soggetti individuati o facilmente individuabili», l'avvio del procedimento amministrativo, di contro, nell'iter di irrogazione delle sanzioni amministrative, la conoscenza dell'avvio del procedimento da parte del soggetto che sarà eventualmente sanzionato avviene "a sorpresa" nel momento stesso dell'esecuzione dell'accertamento (*rectius*, dell'accesso ispettivo in materia di lavoro), avendo questi la possibilità di incidere sulle risultanze solo da tale momento (integrando il materiale probatorio dapprima con dichiarazioni da assumersi nel verbale di primo accesso o accertamento, poi con il deposito dei documenti richiesti, quindi, successivamente, a mezzo degli scritti e dell'audizione disposta ai sensi dell'art. 18, comma 1, l. 689/1981).

Fatta questa necessaria premessa introduttiva, è ora possibile sintetizzare - rinviando alle sezioni successive per gli approfondimenti - le discipline previste in punto di partecipazione-contraddittorio dalle leggi nn. 241/90 e 689/81, così da metterne in luce, e poterne apprezzare, le diversità.

Seguendo l'esposta logica "collaborativa" che sottende il procedimento delineato dalla legge n. 241/90⁴⁹, i punti salienti attraverso i quali l'interessato "concorre" con la pubblica amministrazione alla realizzazione dell'interesse pubblico generale sono - per quel che interessa il presente studio - essenzialmente: la comunicazione di avvio del procedimento⁵⁰, e le garanzie annesse⁵¹; il diritto di

⁴⁹ Per tale concezione GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 155; CARDI, voce "Procedimento amministrativo", in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991; A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Atti del XXXX convegno di Varenna*, Milano, 1987, 155; TEDESCHINI, voce "Procedimento amministrativo", in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 872; VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 171.

⁵⁰ Sulla disciplina della comunicazione di avvio del procedimento si segnalano in dottrina: CARANTA, FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000; CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991; CASTIELLO, *Il nuovo modello di amministrazione nella legge n. 241/1990 e nella riforma Bassanini*, Rimini, 2002; CASSESE, *Passato, presente e futuro della legge sul*

accesso agli atti della p.a.⁵²; e, infine, il termine di conclusione del procedimento⁵³.

procedimento amministrativo, in NR, 2000, 20; CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino 2008; FERA, *Il principio del giusto procedimento alla luce della legge 15 del 2005*, in www.giustamm.it, 2005; FRANCO I., *Il nuovo procedimento amministrativo commentato: l'attività della p.a. nell'ordinamento amministrativo innovato dalla legge 241/1990 e dalle leggi di riforma successive*, Padova, 2001; GALLO C.E., *La partecipazione al procedimento*, in *La partecipazione al procedimento amministrativo* (a cura di) ALIBERTI-AZZARITI-CANAVESIO-QUAGLIA, Torino, 1992; MARIUZZO, *Commento all'art. 7, l. 241/90*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Rimini, 2008; SANDULLI M.A., *La comunicazione di avvio nei procedimenti di tutela del patrimonio storico-artistico*, in GDA, 2000, 587; TATTI, *La nuova partecipazione al procedimento amministrativo*, Napoli, 2009; VERZARO, *In tema di comunicazione del procedimento amministrativo; l'art. 7 e la normativa previdente*, in GI, 1997; VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, 1998.

⁵¹ Sui diritti di chi partecipa al procedimento amministrativo si segnalano in dottrina: BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano 2001; BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975; CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991; CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009; CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in RTDP, 2007, 16; CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in D. AMM., 2004, 59; CONTESSA, *L'art. 21 octies fra tutela delle garanzie procedurali e rischi di partecipazione inutile*, in UA, 2009, 1111; CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in DP AMM., 2006, 33; CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 239; CROSETTI, FRACCHIA (a cura di) *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano 2002; D'ALBERTI, *La visione e a voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in RTDP, 2000, 1; DI NITTO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in RTDP, 1999, 731; FERRARA L., *La partecipazione fra illegittimità ed illegalità. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in D. AMM., 2008, 103; FERRARA R., *Il procedimento amministrativo visto dal terzo*, in DP AMM, 2003, 1025; FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996; FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in DA, 1996, 11; GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, 89; GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, 646; GIGLIONI, LARICCIA, voce *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in EdD, Agg., IV, Milano, 2000, 943; MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in DP AMM., 2008, 961; MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo* (a cura di) MAZZAROLLI-PERICU-ROMANO-ROVERSI MONACO-SCOCA, vol. II, Bologna, 2005, IV ed., 1329; OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 347; POLICE, *La predeterminazione delle scelte amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; RODRIQUEZ, *Il contenuto della partecipazione*, in *La partecipazione al procedimento amministrativo* (a cura di) CARANTA-FERRARIS-RODRIQUEZ, Milano, 2005, 353; SALA, *Procedimento e processo sulla nuova l. n. 241*, in DP AMM., 2006, 573; SANDULLI M.A. (a cura di) *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, 2000; SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione all'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in D. AMM, 2002, 283; VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in DP AMM., 1992, 171; VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano 1996.

⁵² Sui principi in materia di accesso si segnalano, in dottrina, i seguenti contributi: ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991; ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in *La trasparenza amministrativa* (a cura di) MERLONI, Milano, 2008, 29; ARENA, (a cura di) *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001, 29; ARSÌ, *L'accesso ai documenti nelle recente giurisprudenza*, in GDA, 1996, 78; BACOSI, *Accesso e privacy prima e dopo la riforma delle l. 241/1990: emblematico caso INAIL*, in DP AMM., 2007, 358; BOMBARDELLI, *Diritto di accesso e tutela della privacy, commento a TAR Abruzzo, sez. Pescara, 5 dicembre 1997, n. 681*, in GDA, 1998, 535; BURLA-FRACCASTORO, *Il diritto di accesso ai documenti*

della pubblica amministrazione, Roma, 2005; CARINGELLA, GAROFOLI, SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007; CENNICOLA, *Il diritto di accesso dopo la legge n. 15/2005*, in *www.altalex.com*; CHIRILLE, IACONO QUARANTINO, *Il diritto di accesso: questioni processuali*, Milano, 2008; CIMINI, *Accesso ai documenti amministrativi e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in GC, 2005, 407; CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in DP AMM, 1996, 458; GAMBINO, *Il diritto di accesso. La nuova disciplina legislativa (l. n. 15 del 2005) alla luce della revisione costituzionale del titolo V*, in *www.federalismi.it*; GIOVAGNOLI, FRATINI, *Il diritto di accesso: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2008; ITALIA, DELLA TORRE, PERULLI, ZUCCHETTI, *Privacy e accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 1999; LAINO, *L'accesso ai documenti amministrativi tra apertura giurisprudenziali e novità legislative*, in *www.lexitalia.it*, 2005, n.2; LAPERUTA, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso agli atti: commento alla L. 7 agosto 1990, n. 241 come modificata dalla L. 18 giugno 2009, n. 69*, Rimini, 2009; LASALVIA, *L'accesso agli atti delle pubbliche amministrazioni: con le ultime novità delle leggi 11 febbraio 2005 n. 15, 14 maggio 2005, n. 80 e del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195*, Roma, in EPC, 2006; MARIANI, *Il diritto di accesso dopo la riforma dell'azione amministrativa*, Torino, 2005; MARZUOLI, *La riforma del diritto di accesso. Nuovi limiti e nuove garanzie, atti della Conferenza Permanente del 25 febbraio 2005*, in *www.consiglio.regione.toscana.it*; MAZZAMUTO, *La tutela del segreto ed i controinteressati al diritto di accesso*, in DP AMM, 1995, 96; MAZZAMUTO, *Sul diritto di accesso nella legge 241 del 1990*, in FA, 1992, 1571; MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, Padova, 1998; M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie ed ai documenti amministrativi*, in EdD, Agg., IV, 2000; TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa. Commento alla legge n. 241/1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, Padova, 2005.

⁵³ Sul termine di conclusione del procedimento amministrativo si segnalano in dottrina: AA.VV, *Principio di legalità ed amministrazione di risultato* (a cura di) IMMORBIDINO-POLICE, Torino, 2004; BENEDETTI, *L'attuazione della L. 241/90 in materia di termini del procedimento*, in *La legge n.241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore* (a cura di) ARENA-MARZUOLI-ROZO ACUNA, Napoli, 2001, 31 ss.; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; CALVIERI, *Commento all'art. 29 Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità* (a cura di) BARTOLINI-FANTINI-FERRARI, Roma, 2010, 757 e ss.; CIMINI, *Semplificazione amministrativa e termine procedimentale*, in NG REG, 1997, 143; CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n.80*, in DA, 2006, 99; CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; FIGORILLI, FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento*, in UA, 2009, 216 e ss; FIGORILLI, GIUSTI, *Commento all'art. 2, in La Pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n.241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005* (a cura di) PAOLANTONIO, POLICE, ZITO, Torino, 2005, 127; FIGORILLI, RENNA, *Commento all'art.2, in Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità* (a cura di) BARTOLINI, FANTINI, FERRARI, Roma, 2010, 105; GOGGIAMANI, *La doverosità amministrativa*, Torino, 2005; GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 l.n. 241 del 1990: conseguenza sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar*, in DP AMM, 2004, 571; G.GRECO, *L'articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in DP AMM, 2002, 1 ss; LIGNANI, *Silenzio (diritto amministrativo)*, in EdD-Agg., III, Milano, 1999, 978 ss; M.LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in DA, 2003, 291 ss; MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in DA, 2002, 527; G. MORBIBELLI, *Il tempo del procedimento, in la disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema* (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 251; POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali. Il procedimento amministrativo* (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 2007, 135; A. M. SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione*, in RD PROC, 1977, 169; SATTA, *Impugnativa del silenzio e motivi di merito*, in FA-CdS, 2002, 46; F.G. COCA, *Il silenzio della Pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in DP AMM, 2002, 239; F.G. COCA, *Rilievi critici sul trattamento processuale del silenzio*, in *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela* (a cura di) ASTONE, FALZEA, MORELLI, SAITTA, VENTURA, Soveria Mannelli, 2009, 249; S.S. COCA, *Il ritardo nell'adozione del provvedimento e il danno conseguente*, in *www.giustamm.it*, 2005; S.S. COCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2005; SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; TONOLETTI, *Silenzio della pubblica*

Ciò non esclude, tuttavia, che per motivi dimostrativi si renderà necessario fare cenno anche ad altri istituti (tra i quali, ad esempio, quelli relativi al responsabile del procedimento; al diritto alla presentazione di memorie e documenti da parte di chi ha diritto di partecipare al procedimento; alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza; alla motivazione del provvedimento amministrativo; e così via).

Iniziando dalla comunicazione di avvio del procedimento, l'art. 7, comma 1, della legge n. 241/90 dispone che *«ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento»*.

La Pubblica Amministrazione, quindi, nel momento stesso in cui inizia il percorso di esercizio del potere pubblico, è tenuta a comunicarne l'avvio ad una prima categoria di soggetti, comunemente denominata in dottrina⁵⁴ come "interventori necessari", ed ossia: a) coloro che - indipendentemente dalla loro menzione nominativa nel provvedimento finale - in base ad un giudizio prognostico facilmente operabile saranno "direttamente" incisi dal provvedimento decisivo, sia esso restrittivo o ampliativo delle facoltà giuridiche riconosciute dall'ordinamento; b) coloro che per legge debbono intervenire; c) coloro che dall'adozione del provvedimento potrebbero subire un "pregiudizio", purché siano - così da poterli

amministrazione, in *D. PUB.*, XIV, Torino, 1999, 156; TONOLETTI, *Commento all'art. 2, in Commentario alla legge 21 luglio 2000, n. 205, Le nuove leggi civili commentate* (a cura di) TRAVI, Padova, 2001, 574; TRAVI, *Commento all'art. 2, in Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241, Le nuove leggi civili commentate* (a cura di) TRAVI, Padova, 1995, 8 ss.

⁵⁴ Tra i tanti, VIRGA, *op. ult. cit.*, 33 e ss; CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo, cit.*, 50; FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo, cit.*, 45; FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo, cit.*, 11; LOMBARDI R., *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo, cit.*; MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo, cit.*, 633; TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo, cit.*, 635; VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo, cit.*; ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo, cit.*, 65.

distinguere dagli “interventori eventuali” di cui oltre - già individuati o comunque facilmente individuabili all’atto dell’inizio del procedimento con riguardo al provvedimento conclusivo futuro. In tale ultima ipotesi, tuttavia, al fine di non rendere il giudizio prognostico oltremodo complesso, e quindi eccessivamente gravosa già la fase iniziale del procedimento, deve ritenersi che l’Amministrazione non sia onerata dal compiere ricerche particolari.

Come già in apertura esposto, è ispirata alla logica della massima legittimazione partecipativa la previsione (*ex art. 9 della legge n. 241/90*) di una seconda categoria di partecipanti, i c.d. “interventori eventuali” – rispetto ai quali non v’è l’obbligo però di comunicare l’avvio del procedimento - costituita da *«qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati»* al quale *“possa derivare un pregiudizio dal provvedimento»*.

Nel rinviare al prosieguo⁵⁵ l’approfondimento della problematica concernente le cause di esclusione dall’obbligo di comunicazione dell’avviso di avvio del procedimento, ed in particolare la questione delle *«ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento»*, in tale sede è necessario aggiungere, da un lato, che la comunicazione è intuitivamente il mezzo strumentale attraverso il quale si realizza la partecipazione in senso sostanziale - senza la quale sarebbero precluse, a cascata, le facoltà di accedere agli atti e di depositare memorie e /o documenti scritti - dall’altro, che l’obbligo della comunicazione di avvio del procedimento si impone ormai all’Amministrazione procedente a prescindere dal fatto che lo stesso abbia avuto inizio d’ufficio o ad istanza di parte, e ciò in ragione delle indicazioni che la stessa deve contenere a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 11 febbraio 2005, n. 15.

A tale ultimo proposito, il novellato art. 8 cit. stabilisce, infatti, che la comunicazione deve informare i soggetti interventori non solo in merito all’*«amministrazione competente»* (*rectius*, procedente) ed all’*«oggetto del procedimento promosso»*, ma soprattutto in merito all’*«ufficio e la persona del responsabile del procedimento»*, ossia di colui che fisicamente è deputato ad interloquire con i partecipanti, alla *«data entro la quale deve concludersi il*

⁵⁵ Cfr. sez. II, cap. I, par. I.

procedimento» o, nel caso di procedimento ad iniziativa di parte, *alla «data di presentazione della relativa istanza»* - ai fini sempre della individuazione del *dies a quo* del termine fisso di conclusione – nonché all’*«ufficio in cui si può prendere visione degli atti»*.

Si tratta dei requisiti minimi necessari a consentire realmente all’interessato di partecipare al procedimento - avendo cognizione sia del tipo di procedura avviata, sia dei referenti cui potersi rivolgere per contribuire ad una più corretta e completa analisi della situazione - per prospettare fatti e circostanze rilevanti.

Tuttavia, con riferimento specifico al profilo, di maggiore interesse, del riconoscimento delle prerogative partecipative delle parti⁵⁶, ed in particolare al loro esercizio nel concreto, il ruolo principale della comunicazione di avvio del procedimento si focalizza non tanto, o comunque non solo, sull’aspetto soggettivo dei destinatari, quanto piuttosto, o maggiormente, sull’aspetto contenutistico della stessa, *id est* l’ *«oggetto del procedimento promosso»*.

Difatti, se la violazione delle stesse è *ictu oculi* evidente nell’ipotesi estrema in cui la comunicazione venga del tutto omessa, una lesione nondimeno grave si determina quando la comunicazione è “soltanto” incompleta, ovvero è formulata in termini talmente generici da non consentire a coloro ai quali è diretta l’effettivo esercizio del diritto ad intervenire⁵⁷.

L’obbligo, infatti, non può dirsi pienamente assolto se l’enunciazione dell’oggetto del procedimento è del tutto generica, essendo richiesto, di contro, che lo stesso venga indicato in modo preciso e circostanziato.

La finalità sottesa - di rendere l’esercizio del diritto al confronto effettivo - verrebbe vanificata, infatti, qualora l’oggetto fosse indicato in termini talmente generici da escludere alle parti la possibilità di formulare adeguatamente le proprie osservazioni (per il tramite del deposito di memorie e documenti scritti) ed il proprio punto di vista.

⁵⁶ BERGONZINI, *L’attività del privato nel procedimento amministrativo*, cit., 34; CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, cit., 56; CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 89; D’ALBERTI, *La visione e a voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, cit.,1; DI NITTO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., 731

⁵⁷ SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 209.

Non deve trascurarsi, poi, che l'obbligo della precisa enunciazione dell'oggetto del procedimento in sede di comunicazione di avvio trova il suo completamento nell'obbligo della necessaria corrispondenza di questo a ciò che sarà deciso nel provvedimento conclusivo.

Allo stesso modo, inoltre, non v'è dubbio che il diritto ad intervenire è altresì eluso quando il lasso temporale concesso per intervenire - e quindi per elaborare e depositare un apporto collaborativo - rispetto a quello stabilito per l'adozione della decisione finale, sia talmente breve da non consentire nel concreto l'effettivo esercizio del diritto stesso. E' pacifico in giurisprudenza che il procedimento deve svolgersi secondo un ritmo compatibile con l'effettivo esercizio dei diritti del privato, e il punto di equilibrio tra quest'ultima esigenza e quella di celerità del procedimento va individuato - in assenza di una norma che fissi anche un termine minimo prima del quale l'amministrazione non possa decidere - «*mercè la valutazione in concreto della congruità dello spatium temporis necessario al privato per l'esercizio delle prerogative coniate dalla L. n. 241/1990*»⁵⁸.

Unitamente all'oggetto, svolge una funzione anch'essa prettamente sostanziale l'indicazione della persona fisica del responsabile del procedimento⁵⁹, ossia del referente attraverso il quale il privato può introdurre nel procedimento elementi istruttori integrativi, anche se per completezza è bene sin d'ora segnalare che per

⁵⁸ SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 215.

⁵⁹ Sulla disciplina del responsabile del procedimento si segnalano in dottrina: BANTERLE-TRAVI, *Commento agli artt. 4, 5, 6 legge 7 agosto 1990 n.241*, in *NLC*, 1995, 20; CARDI, *Procedimento amministrativo* (voce), in *EGT*, XXIV, Roma, 1995; CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995; CORSO, *Il responsabile del procedimento*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione* (a cura di) TRIMARCHI, Milano, 1990, 59; GASPARINI PAINESI, *Il responsabile del procedimento e la responsabilità amministrativa*, in *L'attuazione della legge 241/1990. Risultati e prospettive* (a cura di) SCIULLO, 1997; LIPARI, *Il responsabile del procedimento dopo la legge 15/2005*, in *neldiritto.it*, n. 10; RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *DA*, 1994, 15; RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n.241*, in *DA*, 2000, 505; M.A. SANDULLI, *Responsabile del procedimento*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso* (a cura di) ITALIA-BASSANI, Milano, 1991; M.A. SANDULLI-MUSSELLI, *Articoli 4, 5, e 6 in L'azione amministrativa. Commento alla l. 7 agosto 1990, modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e da d.l. 14 marzo 2005 n. 35* (a cura di) ITALIA, Milano, 2005; SANNA TICCA, *Ruolo del responsabile del procedimento e comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza: spunti di riflessione*, in *www.giustamm.it*, 2006; TARULLO, *Il responsabile del procedimento tra amministrazione solidale e collaborazione procedimentale*, in *www.giustamm.it*; TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000; ZITO, *Brevi riflessioni sul ruolo del responsabile del procedimento nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15*, in *www.giustamm.it*.

giurisprudenza pacifica l'omessa comunicazione del responsabile non determina l'illegittimità del provvedimento ma mera irregolarità.

A norma dell'art. 4, comma 1, cit. *«ove non sia già direttamente stabilito per legge o per regolamento, le pubbliche amministrazioni sono tenute a determinare per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza l'unità organizzativa responsabile della istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale»*. Inoltre, in base al successivo art. 5 cit., *«il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale»*.

Con riguardo ai compiti assegnati ed agli incisivi poteri riconosciuti in capo al responsabile del procedimento, l'art. 6 cit. descrive in modo schematico il ruolo che questi assume in tutto l'arco del procedimento.

Il responsabile del procedimento - il cui nominativo specifico, come si ricorderà, deve essere a priori individuato ed indicato nella comunicazione di avvio - costituisce l'anello di congiunzione tra il privato e la Pubblica Amministrazione procedente. Egli è colui attraverso il quale i privati partecipano in modo sostanziale al procedimento, incidendo sul decorso.

E' colui al quale, attraverso una formulazione legislativa volutamente ampia ed aperta, è assegnato il compito di curare la completezza dell'istruttoria, accertando *«di ufficio i fatti»*, *«disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari»* ed adottando *«ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria»*, tra le quali, se del caso, l'esecuzione di accertamenti tecnici, ispezioni ed esibizioni documentali.

Ma l'importanza della funzione svolta dalla predetta figura emerge in modo ancora più evidente se si tiene conto del fatto che egli - salvo non sia stato diversamente e preventivamente stabilito - è competente per regola generale ad adottare il provvedimento finale, avendone curato l'istruttoria. Nel diverso caso, invece, di diversificazione tra organo competente a curare l'istruttoria e quello per la decisione, l'accertamento svolto dal responsabile del procedimento rimane comunque connotato da una forza influente sul prosieguo del procedimento, tant'è

che «l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale», al quale il responsabile ha nel frattempo trasmesso gli atti, «non può infatti discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale» (art. 6, comma 1, lett. e, cit.).

A tal specifico riguardo non sottolinearsi come tale ultima prescrizione (introdotta dal legislatore nel 2005) contribuisca a ribadire il ruolo di vera e propria guida del procedimento che la legge riserva al responsabile del procedimento, valorizzando l'attività da questi svolta e coordinata.

Per la prima volta si riconosce esplicitamente la titolarità, in capo al responsabile del procedimento, del potere di condizionare l'assetto degli interessi coinvolti nel procedimento di cui assume la responsabilità⁶⁰.

Si è già accennato, inoltre, ai diritti che la legge n. 241/1990 riconosce in capo ai partecipanti al procedimento. Ci si riferisce, in particolare, alla disciplina contenuta nell' art. 10 cit. , ove è stabilito che ai soggetti interventori (necessari o eventuali) è riconosciuto «il diritto di prendere visione», salvo eccezioni, degli atti del procedimento e di presentare «memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento»⁶¹.

Nella previsione degli strumenti partecipativi è dato rinvenire una sorta di consequenzialità logica. Ai soggetti legittimati alla partecipazione spetta, dopo la previsione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, la facoltà di prendere visione dei documenti e la possibilità di presentare memorie scritte e documenti.

⁶⁰ DI NITTO, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Giornale Dir. amm.*, 2005, 5, 469; LIBERATI, *Il procedimento amministrativo*, Padova, 2004, 243.

⁶¹ CONTESSA, *L'art. 21 octies fra tutela delle garanzie procedurali e rischi di partecipazione inutile*, cit., 1111; CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, cit., 33; CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 239; CROSETTI, FRACCHIA (a cura di) *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, cit., 88; D'ALBERTI, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, cit., 1; DI NITTO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., 731; FERRARA L., *La partecipazione fra illegittimità ed illegalità. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, cit., 103; FERRARA R., *Il procedimento amministrativo visto dal terzo*, cit., 1025; MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 1329; OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., 347; POLICE, *La predeterminazione delle scelte amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 134.

La comunicazione di avvio e la visione degli atti del procedimento assumono quindi il ruolo di garanzia sostanziale del contraddittorio - e perciò devono essere caratterizzati da una concreta effettività - perché consentono alla parte di conoscere con sufficiente completezza l'oggetto del procedimento allo scopo di presentare poi, con cognizione, memorie scritte e documenti⁶². Entrambi sono infatti riconosciuti al soggetto che è legittimato a partecipare al fine di consentirgli di contribuire, anche controdeducendo, ad un procedimento che si vuole trasparente e compitamente istruito.

Il nesso di strumentalità tra visione degli atti e partecipazione al procedimento è in effetti evidente perché in mancanza di un'informazione precisa le parti non sarebbero poste in condizione di formulare efficacemente le loro "proposte"⁶³.

La disposizione, dunque, assume un ruolo centrale in tutto l'impianto perché ha lo scopo di rompere il monopolio del soggetto pubblico, imponendo quel dialogo tra pubblica amministrazione e cittadino che è proprio di un diritto amministrativo paritario, offrendo così la possibilità, a chi dovrà eventualmente anche sopportare gli effetti dell'attività amministrativa, di far conoscere e sostenere il proprio punto di vista⁶⁴.

Con riguardo al diritto alla «visione degli atti del procedimento» - per i cui dovuti approfondimenti si rinvia alle pagine successive⁶⁵ - in questa sede deve innanzitutto rilevarsi che, come affermato in dottrina ed in giurisprudenza⁶⁶, tale

⁶² TAR Liguria, Genova, sez. I., 11 luglio 2002, n. 827, in *Foro amm.-TAR*, 2002, 2399, secondo il quale «*le finalità delle norme di cui agli articoli 7 e ss., l. n. 241/1990 devono consentire all'interessato non solo di conoscere per tempo chi sia il responsabile del procedimento e quale l'ufficio presso cui prendere visione degli atti, ma anche e soprattutto di conoscere con sufficiente completezza quale sia esattamente l'oggetto del procedimento stesso, allo scopo di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'espresso obbligo di valutare in quanto pertinenti; la presentazione di tali atti avrebbe a sua volta consentito all'amministrazione di valutare compiutamente ed in via preventiva tutti gli elementi di fatto e di diritto nella specie rilevanti, e di adottare quindi le determinazioni conclusive del procedimento avviato*».

⁶³ SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 233; Per una chiara affermazione del nesso tra informazione e diritto di partecipazione, D'ALBERTI, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 5.

⁶⁴ CARANTA, FERRARIS, *op. cit.*, 234; LEDDA, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 396.

⁶⁵ *Cfr.* Sez. II, Cap. II, Par I.

⁶⁶ In dottrina si segnala BERTONAZZI, *Note sulla consistenza del c.d. diritto di accesso e sul suo regime sostanziale e processuale: critica alle decisioni n. 6 e 7 del 2006 con cui l'Adunanza plenaria, pur senza dichiararlo apertamente e motivatamente, opta per la qualificazione della pretesa estensiva in termini di interesse legittimo pretensivo, in continuità con la decisione n. 16 del 1999*, in *DP AMM*, 2007, 165; CARPENTIERI, *La legittimazione all'accesso: una questione non ancora chiarita*, in *FA*, 1995, 1359; CIAMMOLA, *La legittimazione ad accedere ai documenti amministrativi (prima e dopo la*

istituto (denominato più propriamente come accesso c.d. endoprocedimentale agli atti) è fattispecie distinta dal diritto di accesso esoprocedimentale ai documenti amministrativi, in quanto solo il primo si caratterizza per essere strumentale al successivo esercizio dei diritti nell'ambito del procedimento pendente, mentre il diritto di accesso disciplinato agli artt. 22 e ss. della citata legge non è direttamente collegato, ma anzi estraneo, all'*iter* procedimentale⁶⁷.

Per tale ragione diversi sono i presupposti oggettivi e soprattutto soggettivi che legittimano l'esercizio dei due istituti, pur tuttavia accomunandosi gli stessi oltre che sotto il profilo del contenuto (*id est*, la conoscenza di atti), anche per quel che concerne la disciplina dei limiti all'ostensione, stante quanto disposto dall'art. 10 cit., ove è stabilito che l'interessato ha «*diritto di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24*».

In punto di legittimazione soggettiva attiva, infatti, l'enunciazione dell' art. 10 cit - influenzata come detto dalla massima partecipazione collaborativi - riconosce la visione degli atti in favore sia dei destinatari della comunicazione di avvio (c.d. interventori necessari) sia in favore di coloro per i quali essa non è prevista e che possono intervenire, invece, volontariamente (c.d. interventori eventuali).

Il diritto alla conoscenza degli atti di cui all'art. 10 cit. si ricollega, infatti, esclusivamente alla mera qualifica di soggetto partecipe del procedimento, senza cioè che sia altresì necessaria la verifica caso per caso della titolarità in capo all'istante di un'autonoma situazione legittimante, ovvero la titolarità di un interesse «*diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*»; requisito, quest'ultimo,

l. 11 febbraio 2005 n.15), in *FA-TAR*, 2007, 1181; CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *DP AMM.*, 1996, 430; FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *DP AMM.*, 1994, 257; OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo il codice della privacy*, in *FI*, 2004, III, 510; OCCHIENA, *Diritto di accesso, sua natura camaleontica e adunanza plenaria 6/06*, in *FI*, 2006, III, 378. In giurisprudenza, *ex pluribus*, TAR Lombardia, Brescia, 7 novembre 1991, n. 809, in *Foro it.*, 1992, III, 20, secondo il quale «*la facoltà di prendere visione degli atti del procedimento di cui all'art. 10 della legge n. 241 del 1990 è da ritenersi concettualmente distinta dal diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 22 della legge stessa, avendo come scopo quello di attribuire un contenuto sostanziale al diritto di partecipazione, in quanto la conoscenza degli atti del procedimento è funzionale alla possibilità di presentare memorie ed osservazioni, nonché proposte per la conclusione di accordi con la p.a.*».

⁶⁷ LIBERATI, *Il procedimento amministrativo*, Padova, 2004, 216.

espressamente richiesto invece per il diritto di accesso esoprocedimentale di cui agli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990.

La riflessione è di importanza strategica perché il collegamento tra il diritto ad ottenere l'ostensione degli atti e la qualifica di parte procedimentale consente di affermare la necessaria prevalenza del primo rispetto all'esigenza di riservatezza che faccia capo ad eventuali terzi (si pensi ad esempio alle dichiarazioni rese in sede di accesso ispettivo dai lavoratori agli ispettori del lavoro, la cui riservatezza si contrappone al diritto di difesa del datore), e questo almeno in relazione a quei documenti la cui conoscenza sia effettivamente necessaria all'istante/interventore per poter adeguatamente curare i propri interessi - ancor prima che in sede giurisdizionale - in via procedimentale⁶⁸.

Più volte sarà ripreso nel corso della presente dissertazione il *leitmotiv* secondo il quale ancor prima delle tutele giurisdizionali, agli interessati deve essere offerta una protezione piena dei propri interessi già in sede procedimentale, non potendo quest'ultima assumere un grado secondario in ragione proprio della previsione di un controllo giurisdizionale.

Tuttavia, deve segnalarsi che mentre sul piano dogmatico l'ostensione degli atti del procedimento rappresenta un'articolazione necessaria del diritto alla partecipazione consapevole o, relativamente ai procedimenti ispettivo-sanzionatori, del diritto di difesa ed al contraddittorio delle parti, nel concreto, per ciò che attiene al piano degli effetti e dei rimedi praticabili nel caso di diniego arbitrario o non adeguatamente giustificato di accesso agli atti, la giurisprudenza prevalente⁶⁹ esclude che tale violazione di legge vizi di per sé il provvedimento finale. Conclusione quest'ultima che viene giustificata in ragione del fatto che il diritto di accesso gode di una tutela autonoma (secondo le forme previste dall'art. 25 della legge n. 241/90).

Si afferma costantemente in giurisprudenza che la mancata proposizione dell'*actio ad exhibendum* preclude alla parte la possibilità di dedurre la violazione del diritto di accesso come motivo *ex se* di illegittimità del provvedimento finale o della sanzione irrogata, essendo in questi casi consentito alla parte, nell'ambito del

⁶⁸ SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 235.

⁶⁹ Esemplari in tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3532, in *Foro amm.-CdS*, 2000, 2141 nonché TAR Puglia, Bari, sez. II, 21 dicembre 2001, n. 5707.

giudizio avverso il provvedimento finale, solo di riformulare ed arricchire le proprie difese⁷⁰.

Certo è, tuttavia, che tale modo di argomentare, seppur ancorato ai forti dati normativi richiamati (art. 25), alimenta le possibilità che la parte sia costretta a proporre un ricorso c.d. “al buio” avverso il provvedimento finale nella speranza che le venga poi riconosciuto, in sede giurisdizionale, il diritto all’ostensione degli atti e quindi, in ultima analisi, la possibilità di far valere, sempre e solo processualmente, la lesione del diritto ad una partecipazione consapevole o al contraddittorio.

Si è visto che immediatamente dopo la disciplina della comunicazione di avvio del procedimento, la prima garanzia offerta a coloro che hanno diritto di partecipare al procedimento è il diritto alla presa visione degli atti, pur con i limiti previsti dalla disciplina del diritto di accesso.

Lo scopo perseguito è, infatti, quello di consentire una conoscenza completa dell’oggetto del procedimento da parte dell’interessato, al fine di poter mettere quest’ultimo nella condizione di esercitare i successivi diritti partecipativi, quali la produzione di memorie scritte e documenti.

Anche il diritto all’ostensione degli atti si connota, come la comunicazione di avvio, per il dover essere effettivo. Caratteristica quest’ultima che incide *in primis* sui tempi rispetto ai quali l’amministrazione deve consentire la visione: il diritto ad una partecipazione consapevole si svuota dei suoi contenuti se i tempi dell’accesso risultano nel concreto eccessivamente prolungati⁷¹.

Sia consentito riprendere, per un momento, l’analisi dell’istituto della visione degli atti del procedimento secondo un approccio di tipo dogmatico.

Si è detto che nel prevedere la visione o l’accesso agli atti la legge ha dato attuazione ad un modello “democratico” di amministrazione, assoggettando l’operato dei soggetti pubblici al controllo di conformità, da parte dei rappresentati, agli interessi sociali e, in definitiva, ai precetti costituzionali di trasparenza ed imparzialità.

⁷⁰ In particolare, dinanzi al giudice amministrativo, mediante l’integrazione dei motivi di impugnazione del ricorso principale avverso il provvedimento conclusivo, attraverso il meccanismo dei motivi aggiunti; dinanzi al giudice ordinario, esplicando le ragioni dell’infondatezza dell’accertamento posto alla base della sanzione irrogata.

⁷¹ TAR Veneto, Venezia, sez. III, 2 novembre 2004, n. 3825 in *Foro amm.-Tar*, 2004, 3284; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 19 ottobre 2002, n. 5296, in *Foro amm.-TAR* 2002, 3388, in LIBERATI, *op. cit.*, 215.

Ciò che occorre aggiungere, tuttavia, è che questi ultimi precetti costituzionali non sono perseguibili solo attraverso il mero riconoscimento del diritto di visione o accesso. Tale risultato può dirsi realmente conseguibile, infatti, solo attraverso il concorso dello stesso di altri strumenti ⁷², quali la partecipazione dei privati al procedimento e la motivazione del provvedimento amministrativo.

Proseguendo oltre nell'analisi degli istituti partecipativi previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo, una ulteriore facoltà riconosciuta in capo all'interessato è di presentare memorie scritte e documenti.

E' lampante che al fine di dare uno spessore realmente sostanziale e non squisitamente formale alla partecipazione, debba necessariamente essere ascritto in capo all'amministrazione l'obbligo di valutare la collaborazione apportata dal privato e di motivare pienamente sul punto, se non altro perché lo impone il principio di buon andamento ed imparzialità consacrati dall'art. 97 della Costituzione.

A prima lettura altrettanto chiara non è, invece, la ragione del perché il legislatore abbia scelto i termini «*memorie scritte e documenti*» nel descrivere le modalità di interazione tra la pubblica amministrazione ed il privato.

Anticipando quanto oltre, può dirsi che la spiegazione dev'essere ricercata attraverso il raffronto con la normativa contenuta nella legge n. 689/81 la quale, in quanto ispirata dalla diversa logica di difesa degli interessi personali e specifici del trasgressore, utilizza, non a caso, i termini «*scritti difensivi e documenti*».

Il legislatore della legge n. 241/1990 ancora una volta ha inteso sottolineare la funzione intimamente collaborativa svolta dal privato che, secondo la prospettiva principe della pubblica amministrazione, altro non è che uno dei mezzi per l'acquisizione delle conoscenze necessarie al raggiungimento dell'interesse pubblico generale⁷³.

Nel senso di una matrice di stampo collaborativa del procedimento amministrativo depone anche la circostanza che la partecipazione dell'interessato si può in concreto estrinsecare solo attraverso forme scritte⁷⁴, a differenza, invece, di

⁷² CARINGELLA, SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 344.

⁷³ Anche se secondo la visuale, assolutamente secondaria, del singolo cittadino, non si tratterebbe, almeno con riferimento alle ipotesi degli interessi oppositivi, tanto di collaborazione, quanto piuttosto di tutela del bene personale.

⁷⁴ La legge n. 241 non ha recepito, infatti, il modello originariamente contemplato nei progetti c.d. Nigro e fatto proprio da taluna legislazioni straniere, della c.d. istruttoria pubblica, ossia di una

quanto previsto nell'ambito del procedimento sanzionatorio ove, secondo una logica di tipo accusatoria, è riconosciuto al privato il diritto di essere sentito personalmente (c.d. audizione), pena l'invalidità della sanzione irrogata.

Con la formula generica di memorie scritte e documenti, il legislatore della legge n. 241 ha inteso così porre in risalto il dato che i contributi del cittadino sono meramente partecipativi, così volutamente discostandosi dalle normative di settore nelle quali è prevista, generalmente, una formula lessicale più marcatamente difensiva (ad es. osservazioni, controdeduzioni, scritti difensivi, audizione, etc. etc.)

75

In realtà ciò che distingue una memoria scritta da uno scritto difensivo non è tanto il contenuto, potendo essere al limite anche coincidere, ma la filosofia che governa il procedimento nel cui ambito queste si inseriscono. Se guardati dalla prospettiva del privato, infatti, i contributi offerti al possibile esito del procedimento possono modellarsi sempre sia come oppositivi che propositivi.

Dal punto di vista contenutistico, le memorie scritte altro non indicano se non le ragioni, di fatto e di diritto, che secondo l'esponente dovrebbero indurre ad una certa conclusione del procedimento. In altri termini, lo scopo delle memorie resta comunque quello di fornire, agli organi deputati a decidere e provvedere in ordine al provvedimento finale, indicazioni, suggerimenti, chiarimenti, sì da influenzare la formazione della volontà della pubblica amministrazione nel perseguimento del pubblico interesse⁷⁶.

Tuttavia, come osservato in dottrina, attraverso le memorie si instaura tra la parte pubblica e quella privata un dialogo in cui gli interessi di entrambi si

istruttoria orale, concentratesi in riunioni indette dall'amministrazione precedente ed aperte ai promotori dell'iniziativa, alle pubbliche amministrazioni coinvolte, alle organizzazioni sociali e di categoria interessate nonché a tutti i soggetti destinati, in via diretta o indiretta, a subire gli effetti del provvedimento finale. Il legislatore, probabilmente conscio della difficile reperibilità, a causa delle carenze delle strutture amministrativo-burocratiche, di un modulo operativo così marcatamente innovativo, ha preferito inserire il principio democratico-partecipativo nel contesto di un'istruttoria procedimentale di matrice sostanzialmente cartacea. Rimane tuttavia impregiudicata la possibilità di attendere all'audizione orale degli interessati ove il responsabile del procedimento ritenga più funzionale alle esigenze istruttorie l'instaurazione di un contraddittorio senza filtri. Sul punto si vedano CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 457; CORSO, TERESI, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Rimini, 1991, 98; LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 197; CARANTA, FERRARSI, *op. cit.*, 237; SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 229.

⁷⁵ CARINGELLA, SEMPREVIVA, *op. cit.*, 121.

⁷⁶ CARANTA, FERRARSI, *op. cit.*, 238; ZUCCHETTI, *Commento all'art. 10*, in AA.VV. (coordinato da V. Italia), *Testo unico degli enti locali*, Milano, 2000, 287.

contemperano, perché «*il cittadino è in grado non soltanto di far presente la propria posizione, ma di rappresentare all'amministrazione una soluzione migliore al problema che l'amministrazione ha affrontato, che sia contemporaneamente ispirata al raggiungimento del pubblico interesse e a un minor sacrificio dell'interesse privato*»⁷⁷.

Attraverso la presentazione di memorie il cittadino «*coopera con la pubblica amministrazione nell'individuazione del contenuto della decisione che rispetti il principio di proporzionalità*»⁷⁸ che, ai sensi del richiamo operato dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990 ai principi dell'ordinamento comunitario, costituisce ora uno dei criteri fondamentali dell'azione amministrativa.

Nello specifico, per quel che concerne, poi, le modalità più propriamente temporali per la presentazione delle memorie, piena rilevanza assume il principio generale in precedenza esposto per cui non essendo stato fissato - a differenza di quanto si avrà modo di apprendere con riferimento alla rigida predefinitone delle scansioni temporali previste dalla legge n. 689/1981 con riguardo al procedimento sanzionatorio - un termine specifico, la fissazione è rimessa alla potestà discrezionale dell'amministrazione procedente.

Resta fermo, tuttavia, il fatto che l'amministrazione deve essere guidata *in parte qua* sia dal parametro della congruità⁷⁹, non potendosi vanificare in via di fatto i diritti di partecipazione, sia dal criterio della ragionevolezza, tant'è che, da un lato, vige il divieto per la p.a. di provvedere prima del suo decorso⁸⁰, pena l'illegittimità

⁷⁷ GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, 84.

⁷⁸ A. SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 329; ID., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

⁷⁹ Cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 21 maggio 2004, n. 884, in *Foro-amm TAR*, 2004, 1573, secondo il quale «*sebbene la legge 241/1990 non fissi un termine specifico entro cui i soggetti, destinatari dell'avviso di avvio del procedimento che li riguarda, possono intervenire nel procedimento stesso mediante la presentazione di memorie scritte e di documenti (art. 10, lett. b), non pare revocabile in dubbio che tale intervento debba comunque avvenire entro un termine congruo, non potendo evidentemente restarne sospeso a tempo indeterminato lo svolgimento dell'azione amministrativa*».

⁸⁰ Cfr. Cons Stato, sez. IV, 31 luglio 2003, n. 4441, in *Foro Amm. Cons. St.*, 2003, 2210, secondo il quale «*laddove l'amministrazione stabilisca un termine per la conclusione del procedimento ed assegni al soggetto interessato altro termine per la produzione di scritti e memorie difensive, non può poi infrangere la regola procedimentale che essa stessa si era data, adattando il provvedimento conclusivo prima della decorrenza del termine stabilito, perché un siffatto comportamento si traduce nella violazione del diritto dell'interessato a partecipare al procedimento*».

del provvedimento conclusivo⁸¹, dall'altro, trova spazio la facoltà in capo alla stessa di considerare e valutare anche gli atti presentati in ritardo rispetto all'istruttoria in corso.

Viceversa, la pubblica amministrazione è esonerata dall'obbligo di valutare memorie non pertinenti all'oggetto del procedimento, anche se il giudizio di attinenza, essendo affidato alla pubblica amministrazione procedente, apre margini di discrezionalità⁸².

Nel caso in cui, invece, la pubblica amministrazione trascuri di valutare *in toto* le memorie ed i documenti presentati, il provvedimento conclusivo dovrà considerarsi illegittimo per vizio di violazione di legge, trattandosi di obbligo giuridico legislativamente stabilito.

Necessario complemento all'obbligo di valutazione è, inoltre, quello di dedicare parte della motivazione del provvedimento finale anche al contenuto delle memorie e dei documenti presentati, e ciò sia per far rilevare la loro eventuale non pertinenza, sia per indicare le ragioni per cui l'amministrazione ha ritenuto di respingere o di non accogliere le prospettazioni presentate ed i contributi offerti dalla parte privata⁸³.

Come rilevato in dottrina⁸⁴, sotto il profilo logico può dirsi che il sistema delineato dalla legge n. 241/1990 impone alla pubblica amministrazione procedente un doppio ordine di oneri: la valutazione del materiale introdotto dagli interessati nel procedimento, e la motivazione circa la ritenuta non pertinenza degli stessi⁸⁵.

⁸¹ Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 30 gennaio 2003, n. 474, in *Foro Amm.-TAR*, 2003, 237, «è illegittimo il provvedimento che venga adottato dalla p.a. prima della scadenza del termine assegnato all'interessato a cui era stato comunicato l'avvio del procedimento, per la produzione di memorie difensive e scritti, in quanto trattasi di provvedimento palesemente violativo dei principi della partecipazione e del contraddittorio nel procedimento amministrativo».

⁸² LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione procedimentale*, in *Dir. amm.*, 1993, 141; ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento e partecipazione nella L. n. 241/1990 (quarant'anni dopo la prolusione di F. Benvenuti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 670; ZUCCHETTI, *Commento all'art. 10, cit.*, 297.

⁸³ Cfr. TAR Liguria, Genova, sez. II, 7 luglio 2005, n. 1022, in *Foro Amm.-TAR*, 2005, 7/8, 2384, secondo il quale «ai sensi dell'art. 10, l. n. 241 del 1990 le memorie ed osservazioni prodotte dal privato nel corso del provvedimento vanno effettivamente valutate dall'amministrazione, ed è necessario che di tale valutazione resti traccia nella motivazione del provvedimento finale, ma ciò non comporta la necessità di confutare puntualmente tutte le argomentazioni svolte dalla parte privata, essendo sufficiente una motivazione sintetica al fine di giustificarne il rigetto».

⁸⁴ CARANTA, FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 242.

⁸⁵ R. CARANTA-L. FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 242.

La mancata valutazione delle memorie o dei documenti prodotti, o l'omessa motivazione circa il loro mancato accoglimento, non può che comportare, infatti, rispettivamente un'incompletezza dell'istruttoria o una violazione di legge, a cui corrispondono la caducazione del provvedimento finale perché viziato, a seconda delle ipotesi, per eccesso di potere o per violazione di legge⁸⁶.

Tuttavia, per quanto attiene nello specifico al profilo della esternazione dei motivi che hanno portato al mancato accoglimento delle deduzioni presentate dall'interessato - obbligo che si sovrappone e che specifica quello generalmente imposto nell'art. 3 della legge - non deve ritenersi che lo sforzo imposto alla p.a. sia tale da ricomprendere la confutazione analitica, punto per punto, di tutte le osservazioni e dei rilievi formulati, dovendosi piuttosto dar conto, anche *per relationem*, delle mere ragioni sostanziali che hanno portato alla decisione maturata alla luce dell'apporto collaborativo prestato⁸⁷.

Allo stesso tempo deve anche dirsi che l'attività del privato, di indicare (soprattutto nell'ipotesi in cui egli assuma l'iniziativa di un procedimento) le circostanze di fatto che possono influire sull'esito della decisione, si modella semplicemente come "onere" e non come vero e proprio obbligo. Il procedimento amministrativo - modellato dalla legge n. 241/1990, come più volte ripetuto, in salsa collaborativa - si limita, a differenza delle normative procedurali ispettivo-sanzionatorie, a conferire diritti e non ad imporre obblighi ai cittadini, sicché al mancato rispetto dell' "onere" non si accompagna alcuna sanzione specifica.

Tra le novità introdotte nel 2005 con la legge n. 15 spicca, inoltre, quale strumento ancor più ampliativo delle possibilità partecipative degli interessati, l'art.

⁸⁶ Cfr. TAR Trentino Alto Adige, Bolzano, 19 marzo 2002, n. 143, *Foro Amm.-TAR*, 2002, 860, «è illegittimo per difetto di motivazione il provvedimento che, omissivo di valutare la pertinenza all'oggetto del procedimento delle memorie o dei documenti offerti dal privato ai sensi dell'art. 10 lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, non presenti alcuna menzione e/o valutazione del contenuto di tali rapporti». Tuttavia, deve rilevarsi che tale caducazione non è automatica qualora si faccia rientrare anche il difetto di motivazione nelle violazioni formali di cui all'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 o nel caso si ammetta la possibilità di una integrazione postuma della motivazione in giudizio.

⁸⁷ Cfr. TAR Abruzzo, L'aquila, sez. I, 6 giugno 2007, n. 285, «nell'ambito del procedimento amministrativo, l'onere di motivazione che incombe sulla P.A. in ordine alle memorie scritte e documenti presentati dai soggetti di cui agli art. 7 e 9 l. n. 241 del 1990, non è tale da ricomprendere in sé la confutazione punto per punto e analiticamente di tutte le osservazioni e i rilievi ivi formulati dai soggetti interessati, richiedendosi piuttosto che la p.a. dia conto (anche in modo sintetico ma chiaro e comprensibile nello stesso tempo) della ragione sostanziale della decisione maturata tenuto conto dell'apporto collaborativo dei soggetti coinvolti nel procedimento e che della relativa valutazione resti traccia nella motivazione del provvedimento finale».

10 bis - rubricato «comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza» - ove è stabilito che «nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti» e che, ovviamente, «dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale».

La funzione svolta dal preavviso di rigetto⁸⁸ va ricondotta, unitamente all'esigenza di arricchimento dell'istruttoria, anche all'esigenza di tutela del privato nei confronti dell'amministrazione⁸⁹, pur non assurgendo tale innovazione a vero e proprio obbligo per l'amministrazione di suggerire eventuali soluzioni alternative.

La comunicazione dei motivi ostativi dà inizio ad una specifica fase procedimentale nella quale si innestano le controdeduzioni del soggetto che è allo stesso tempo istante e destinatario del provvedimento finale. Attraverso il preavviso questi può, infatti, far valere eventuali profili di illegittimità del provvedimento finale di rigetto preannunciato, i quali dovranno necessariamente essere valutati in sede di provvedimento conclusivo⁹⁰.

⁸⁸ Sulla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza si segnalano in dottrina: BOTTINO, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di parte: considerazioni su una prima applicazione giurisdizionale del nuovo art. 10 bis, l. n. 241 del 1990*, in *FA.TAR*, 2005, . 1554; BOTTINO, *Commento all'art. 10 bis, l.n. 241/1990*, in *L'azione amministrativa (a cura di) ITALIA*, Milano, 2005, 394; CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica l.n. 241/1990, II*, in *www.giustamm.it*; FERRARI GE, *Commento all'art. 10 bis l.n. 241/1990*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità (a cura di) BARTOLINI-FANTINI-FERRARI*, Roma, 2010, 275; MELE, *Preavviso di diniego e garanzie partecipative*, in *FA.TAR*, 2006, 3983; TARULLO, *L'art. 10 bis della legge 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *www.giustamm.it*; VACCA, *Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ex art 10 bis, l. n. 241 del 199 e modalità di esercizio del potere amministrativo: prima ricostruzione di un complesso fenomeno di alterazioni procedurali*, in *FA-TAR*, 1824; VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento*, in *Scritti in onore L. Mazarrolli*, Padova, 2007, I, 447; VIDETTA, *Note a margine del nuovo art. 10 bis della l. n. 241 del 1990*, in *FA-TAR*, 2006, 837.

⁸⁹ FANTI, *La "nuova" comunicazione nel procedimento amministrativo*, *UA*, 2005, 11,1152.

⁹⁰ Cfr. TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 28 marzo 2006, n. 402, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 3, 1145, secondo il quale «la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ai sensi dell'art. 10 bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, costituisce l'avvio di una specifica fase procedimentale, nella quale si innestano le controdeduzioni del soggetto destinatario del provvedimento, con le quali questi può far valere eventuali profili di illegittimità dell'atto finale, rinvenibili dall'atto prodromico, profili che dovranno poi essere valutati dall'amministrazione con il provvedimento conclusivo del procedimento».

Anche tale strumento - che si inserisce solo nell'ambito dei procedimenti ad istanza di parte - si caratterizza, come efficacemente osservato in dottrina⁹¹, da un forte intreccio teleologico.

Lo scopo di assicurare al privato istante un'adeguata tutela del proprio interesse partecipativo – attraverso la rappresentazione di elementi utili ai fini del conseguimento del bene delle vita richiesto, in contraddittorio con l'amministrazione precedente ed anche in contraddizione rispetto agli esiti istruttori e ponderativi di quest'ultima - risulta difatti indissolubilmente legato all'essenziale finalità di garantire un adeguato, proporzionato e corretto esercizio della potestà pubblica, così da soddisfare l'interesse pubblico primario con il minor sacrificio possibile degli interessi secondari coinvolti, conformemente al fondamentale principio del buon andamento posto a presidio dell'agire della p.a.

Circa la natura ed il ruolo svolto dalla comunicazione *ex art. 10 bis* cit. deve altresì aggiungersi che questa, consentendo un ulteriore approfondimento dell'istruttoria nell'immediatezza dell'adozione del provvedimento conclusivo, fornisce all'amministrazione ulteriori argomenti di chiarimento, assumendo così anche il ruolo, tenuto conto della vicina conclusione del procedimento amministrativo, di strumento preventivo di soluzione di potenziali conflitti⁹².

Dal punto di vista contenutistico, la comunicazione dei motivi ostativi deve essere in ogni caso tale da rendere effettivo il contraddittorio tra l'istante e l'amministrazione precedente. In mancanza di indicazioni normative espresse deve ritenersi, tenuto conto dalla funzione cui assolve, che debbano essere almeno indicate, in ragione delle risultanze dell'istruttoria, le ragioni di diritto ed i presupposti di fatto sui quali dovrebbe fondarsi il successivo provvedimento negativo preannunciato (sulla falsariga di quanto prescritto dall'art. 3 della legge n. 241/90)

⁹¹ VACCA, *Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ex art. 10 bis*, L. 7 agosto 1990, n. 241, e modalità di esercizio del potere amministrativo: prima ricostruzione di un complesso fenomeno di alterazioni procedurali, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 5, 1824.

⁹² Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. II, 24 marzo 2006, n. 3174, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 3, 1065, secondo il quale «*il c.d. preavviso di rigetto, introdotto con l'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 dalla legge n. 15 del 2005, quale mezzo preventivo di soluzione di potenziali conflitti, dovrebbe dar luogo ad una fase pre-decisionale a contraddittorio pieno sulle ragioni ostative all'accoglimento della domanda di parte*».

oltre che, ovviamente, all'indicazione dell'ufficio cui presentare osservazioni e documenti.⁹³

Per quanto concerne il destinatario del preavviso di rigetto, la norma esaminanda, in totale asimmetria rispetto alla comunicazione di avvio del procedimento, individua nel solo istante il soggetto legittimato alla ricezione. Scelta questa che se da un lato viene giustificata - almeno da una certa parte della dottrina⁹⁴ - dalla finalità di garantire la partecipazione, e quindi il confronto con la p.a., al solo soggetto che sta per subire una decisione sfavorevole, dall'altra, è ampiamente criticata da quanti⁹⁵ evidenziano la circostanza che al procedimento possano prendere parte, unitamente all'istante, anche altri soggetti (in posizione di) controinteressati, ai quali pure dovrebbe essere riconosciuto il diritto ad avere contezza dei motivi che, nel caso di provvedimento finale di accoglimento dell'istanza, ostano all'assunzione di una decisione a loro favorevole (*id est*, recettiva dell'istanza).

In sostanza, «*quand'anche all'art. 10-bis si voglia riconoscere unicamente finalità difensiva, la scelta di consentire il contraddittorio con la p.a. solamente nelle ipotesi in cui il provvedimento è sfavorevole per l'istante e di limitare questo diritto al solo istante appare iniqua*»⁹⁶ perché «*la finalità difensiva sarà comunque parziale, non essendo idonea ad assicurare una dialettica onnicomprensiva dal punto di vista soggettivo*»⁹⁷. Con la conseguenza, quindi, che mentre i soggetti controinteressati partecipano solo alla prima fase del procedimento, rimanendo invece esclusi nel momento del contraddittorio "finale", all'istante viene offerta un'ulteriore occasione di poter influire (stavolta da solo) sulla decisione conclusiva.

Deve invece condividersi la tesi giurisprudenziale secondo la quale il contraddittorio (oltre che ad essere soggettivamente offerto al solo istante) è limitato

⁹³ MELE, *Preavviso di diniego e garanzie partecipative*, Nota a TAR Puglia, Lecce, sez. I, 8 giugno 2006, n. 3336, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 12, 3983.

⁹⁴ MELE, *Preavviso di diniego e garanzie partecipative*, Nota a TAR Puglia, Lecce, sez. I, 8 giugno 2006, n. 3336, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 12, 3983; LIBERATI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 177.

⁹⁵ Cfr. BOTTINO, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di parte: considerazioni su una prima applicazione giurisdizionale del nuovo art. 10 bis, l. n. 241 del 1990*, cit., 1554; BOTTINO, *Commento all'art. 10 bis, l.n. 241/1990*, in *L'azione amministrativa*, cit., 394; CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica l.n. 241/1990*, II, in www.giustamm.it; FERRARI GE, *Commento all'art. 10 bis l.n. 241/1990*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità* (a cura di) BARTOLINI-FANTINI-FERRARI, Roma, 2010, 275.

⁹⁶ MELE, *op. ult. cit.*

⁹⁷ LIBERATI, *op. ult. cit.*

anche sotto versante dei rimedi avverso lo stesso, nel senso cioè che la sua sede è giusto che resti, in questo caso, unicamente procedimentale. Si vuole cioè sottolineare la conformità alla legge di quell'orientamento maggioritario secondo il quale il preavviso di rigetto non è autonomamente impugnabile attesa la sua natura di atto endoprocedimentale non (ancora) autonomamente lesivo.⁹⁸

Vivo è il dibattito inoltre in ordine alle conseguenze che si determinano nel caso in cui sia stato omesso il preavviso di rigetto.

Se infatti è pacifico che l'omissione del preavviso di rigetto integri gli estremi della violazione di legge, altrettanto non può dirsi in merito alla annullabilità per questo del provvedimento finale.

La questione si incentra, nel dettaglio, sull'applicabilità o meno nel caso specifico della norma di cui all'art 21 *octies*, comma secondo, della legge n. 241/1990, ove è stabilito che *«non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»*⁹⁹.

⁹⁸ *Ex pluribus*, TAR Puglia, Lecce, sez. I, 8 giugno 2006, n. 3336, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 12, 3982, secondo il quale *«la comunicazione dei motivi ostativi è priva di immediata lesività, pertanto la sua autonoma impugnazione rende inammissibile il ricorso per difetto di interesse»*; TAR Veneto, sez. III, 1 agosto 2006, n. 2257, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 7-8, 2373, secondo il quale *«in caso di impugnativa che riguardi la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, tale c.d. progetto di diniego non può essere definito come provvedimento, sicché non gli può essere attribuito alcun carattere lesivo, con conseguente non impugnabilità dello stesso»*.

⁹⁹ In generale sull'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 ed in particolare sulla distinzione tra vizi formali e vizi procedimentali, si segnalano in dottrina: BRIGNOLA, *Gli interessi strumentali*, in *FA*, 1986; CANNADA BATOLI, *Interesse (Diritto Amministrativo)*, in *EdD*, XXII, Milano, 1972; CERULLI IRELLI, *Considerazioni in tema di sanatoria di vizi formali*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* (a cura di) PARISIO, Milano, 2004; CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *DP AMM.*, 2006, 43; GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 152; GALETTA, *Giudice amministrativo e vizi formali*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* (a cura di) PARISIO, Milano, 2004; GUANTARIO, *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; MORBIDELLI, *Invalità ed irregolarità*, in *Annuario dell'Associazione italiana degli studiosi del processo amministrativo*, 2002, Milano, 2003; SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge n. 241*, in *DP AMM.*, 2006, 578; SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* (a cura di) PARISIO, Milano, 2004; SORRENTINO, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21 octies della legge n. 241/1990*, in www.giustamm.it, 2007; TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *DP AMM*, 2003.

Senza ripercorre tutte le tesi giurisprudenziali e dottrinarie sviluppatesi sul punto¹⁰⁰, può in estrema sintesi affermarsi che mentre si esclude l'applicabilità del meccanismo "sanante" di cui al secondo periodo del richiamato comma secondo (c.d. principio del raggiungimento del risultato) con riguardo ai provvedimenti discrezionali - stante il rinvio espresso operato dalla norma con riferimento alla sola comunicazione di avvio - si ritiene, non senza divergenze però, che l'omessa comunicazione dei motivi ostativi degradi invece a mero vizio non invalidante (o ad irregolarità, se si preferisce) nel caso di provvedimenti vincolati, vista la genericità della adottata formula «*norme sul procedimento o sulla forma degli atti*»¹⁰¹.

Non sfugge tuttavia la contraddizione logica che si palesa con riferimento alla prima delle affermazioni: ossia da un lato la non annullabilità del provvedimento discrezionale quando sia escluso in nuce il contraddittorio - ossia sin dall'inizio del procedimento, attraverso la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento - e, dall'altro, l'instabilità dello stesso quando il confronto sia stato vanificato esclusivamente nelle battute finali.

E' opinione di chi scrive, invero, la conclusione secondo la quale alla partecipazione - che pure si è cercato sin qui di custodire incondizionatamente in tutti i suoi profili - deve comunque e sempre attribuirsi una connotazione sostanziale perchè in uno Stato moderno si richiedono risposte tempestive disancorate da mere congetture formali. Il principio del raggiungimento del risultato dovrebbe cioè trovare sempre applicazione, anche nel caso di omesso preavviso di rigetto, con la conseguenza che non può accogliersi neanche la tesi (estremamente) restrittiva secondo la quale assurgendo la partecipazione al rango di autentico valore costituzionalmente rilevante dovrebbe dubitarsi *in toto* della legittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 21 *octies*¹⁰².

La funzione svolta dal preavviso si apprezza pienamente, inoltre, se si guarda al nesso che la lega con la motivazione del provvedimento finale. Dispone sul punto la legge che dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni prodotte

¹⁰⁰ Per una breve e schematica disamina si rinvia a A. LIBERATI, *op. ult. cit.*, 182 e ss.

¹⁰¹ In tal senso FANTI, *La «nuova» comunicazione del procedimento amministrativo*, in *UA*, 2005, 11, 1252

¹⁰² MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimentoale, la «partecipazione nella partecipazione» e l'art. 21 octies della l. n. 241 del 1990 al vaglio della giurisprudenziale*, in *GM*, 2006, 6, 1542; ID., *Considerazioni sulla legittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 21 octies l. n. 15 del 2005: tra logica di risultato e logica di legalità*, in *GC*, 2006, 4-5.

dall'istante debba essere data contezza nella motivazione del provvedimento finale, che, quindi, dev'essere ulteriormente dettagliata e completa. L'amministrazione precedente è cioè gravata da un doppio onere motivazionale: il primo nella sua configurazione tradizionale, di cui a breve; il secondo attinente, invece, alla conferma dei motivi ostativi all'emanazione del provvedimento richiesto.

Seguendo, inoltre, quella dottrina in precedenza richiamata che riconosce anche ai controinteressati il diritto a conoscere gli sviluppi ultimi del procedimento¹⁰³, l'aggravamento dell'apparato motivazionale del provvedimento finale - nella parte dedicata alle osservazioni formulate dall'istante ex art. 10 *bis* - non sussisterebbe solo nel caso di rigetto delle stesse ma anche nell'ipotesi inversa di accoglimento, dovendo il provvedimento dar conto anche delle ragioni del ripensamento, così da porre i controinteressati nelle condizioni di tutelare le proprie ragioni rispetto *al revirement*¹⁰⁴.

In conclusione, il deposito di osservazioni (*rectius*, controdeduzioni) al preavviso di rigetto vincola comunque e sempre l'amministrazione ad un maggiore onere motivazionale la cui congruità deve essere valutata rispetto al valore dei contributi offerti dal privato¹⁰⁵.

Quid iuris, però, nel caso in cui l'amministrazione non abbia esplicitato tutte le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza che erano già conosciute al momento del preavviso, concludendo quindi con un provvedimento di rigetto dell'istanza proprio sulla base di queste ultime? Allo stesso modo: *quid iuris* nel caso, opposto, in cui il provvedimento di rigetto si sia basato su motivi ulteriori sopravvenuti (e quindi non esplicitati nel preavviso perché derivanti, ad esempio, dalle osservazioni formulate dall'istante)?¹⁰⁶

¹⁰³ MELE, *Preavviso di diniego e garanzie partecipative*, Nota a TAR Puglia, Lecce, sez. I, 8 giugno 2006, n. 3336, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 12, 3983, secondo il quale «ad una motivazione aggravata la P.a. pare invero tenuta pure ove accolga le osservazioni dell'istante, modificando quindi il progetto di decisione enunciato nel preavviso di diniego: in questa ipotesi essa dovrà specificatamente indicare le ragioni di questo cambiamento se vuole evitare di esporsi alle scontate censure – da parte dei controinteressati – di contraddittorietà del suo operato. In definitiva, la presentazione di osservazioni ex art. 10 bis cit. accresce comunque lo spessore della motivazione».

¹⁰⁴ Identica riflessione si pone, come vedremo, rispetto al lavoratore, terzo controinteressato, nei confronti di una richiesta di archiviazione avanzata ex lege n. 689/1981 all'esito di un procedimento ispettivo in materia di lavoro.

¹⁰⁵ FANTI, *op. ult. cit.*, 1252.

¹⁰⁶ Identica problematica si pone, nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, nel caso in cui vengano accertate violazioni ulteriori sulla base della mera lettura dei documenti depositati in sede di

Atteso come detto che il sistema complessivo del procedimento amministrativo è ispirato alla logica della partecipazione soprattutto sostanziale, oltre che meramente formale, è doveroso concludere, pena l'illegittimità del provvedimento finale, nel senso della necessità della rinnovazione del preavviso, senza trascurare tuttavia che tale adempimento, incidendo sui termini di conclusione del procedimento, può portare, se non realmente giustificato, ad uno strumentale allungamento immotivato dello stesso¹⁰⁷.

Di importanza centrale per una partecipazione realmente sostanziale è anche l'art. 3 della legge n. 241/1990 ove è previsto che «ogni provvedimento amministrativo [...] deve essere motivato[...].La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria»¹⁰⁸.

accertamento ispettivo. La soluzione offerta in tali circostanze è quella della necessità di un ulteriore termine per la difesa.

¹⁰⁷ L'art 10 bis cit. stabilisce infatti che “entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo”.

¹⁰⁸ Sulla motivazione del provvedimento amministrativo si segnalano in dottrina: AA.V.V. (a cura di) CARIGELLA, PROTTO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Roma, 2009; Aa.V.v. (a cura di) VANDELLI, *L'attività amministrativa: casi ed interpretazioni*, Rimini, 2009; ANDREANI, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *DP AMM*, 1993, 1 ss.; BACCARINI, *Motivazione ed effettività della tutela*, in *FA-TAR*, 2001, 10, 3311 ss; BASSI, *Brevi note sull'eccesso di potere per difetto di motivazione*, in *Studi per Mario Nigro*, Milano, 1991, III, 65; BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1995; BERGONZINI, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere*, in *DA*, 2000, 2, 282 ss; BERGONZINI, *Art. 21 octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *DA*, 2007, 2, 231; BERTANI, *Le novità introdotte dalla legge 15/2005 in tema di invalidità, annullamento d'ufficio e revoca*, in *Lezioni sul procedimento amministrativo* (a cura di) MERUSI, Pisa, 2009, 150; BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *QC*, 2009, 277; CARLONI, *Gli strumenti di trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, in *La trasparenza amministrativa* (a cura di) MERLONI, Milano, 2008, 349 ; CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *D PUBBL*, 2004, 1, 187; CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo*, Torino, 2005; CERULLI IRELLI, *Sui principi dell'azione amministrativa e la disciplina del procedimento*, in *Il procedimento amministrativo* (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 2007, 23; CHIEPPA R., *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *RIDPC*, 2009, 6, 319 ss; CIMELLARO, *La motivazione del provvedimento amministrativo. Una rassegna della dottrina e della giurisprudenza di ieri ed oggi*, in *DA*, 1995, 3, 441; COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *RTDP*, 2009, 3, 707; CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *DP AMM*, 2006, 1, 33; CORLETTI, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007, II, 51; CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *EdD*, XXVII, Milano, 2001, 774; D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004; FERRARA L., *Motivazione ed impugnabilità degli atti amministrativi*, in *FA-TAR*, 2008, 4, 1193; FERRARA L., *La partecipazione tra illegittimità e illegalità. Considerazioni*

E' anche e soprattutto attraverso il momento della motivazione che si attuano, infatti, i canoni di imparzialità, trasparenza e democraticità della pubblica amministrazione, perché solo attraverso il vaglio della motivazione l'esercizio del potere pubblico può concretamente dirsi partecipato.

Nella motivazione del provvedimento finale la pubblica amministrazione deve condensare, infatti, tutte le emergenze e le risultanze istruttorie, ed esplicitare altresì le considerazioni di ordine giuridico, tecnico e amministrativo, che hanno giustificato l'emanazione¹⁰⁹ della decisione.

Emerge così il ruolo dalla stessa assolto, ossia la funzione di consentire la ricostruzione dell'*iter* logico-giuridico in base al quale è stato esercitato il pubblico potere¹¹⁰⁻¹¹¹.

sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile, in *DA*, 2008, 1, 103; FRACCHIA, OCCHIENA, *Annulabilità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione* (a cura di) PAOLANTONIO-POLICE-ZITO, Torino, 2005, 609; GALETTA, *L'art. 21 octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione ed al diritto comunitario*, in *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo* (a cura di) SANDULLI M.A., Milano, 2006; GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *EdD*, XXVII, Milano, 1977; IANNOTTA R., *La motivazione come modo di attuazione del principio di imparzialità amministrativa*, in *Scritti Mortati*, Milano, 1977, II, 210; MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e potere dell'amministrazione*, in *G. CIV*, 2003, 1, 338; MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da) S.CASSESE, parte generale, I, Milano, 2003; MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da) S.CASSESE, parte generale, I, Milano, 2003; MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *GDA*, 2007, 6; MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in *www.giustamm.it*, 2006; MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo* (a cura di) MAZZAROLLI-PERICU-ROMANO-ROVERSI MONACO-SOCA, IV ed., Firenze, 2005, 1333; NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1435; OCCHIENA, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione ed il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *FA-TAR*, 2002, 2, 255; PARISIO, *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004; PARISIO, *Motivazione postuma, qualità dell'azione amministrativa e vizi formali*, in *FA-TAR*, 2006, 12, 3087; POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali*, in *D AMM*, 2003, 4, 735; ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987; ROMANO TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione dell'atto amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, 1994, 1591; ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *DDP*, XIII, app., Torino, 1997, 683; ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *Il procedimento amministrativo*, (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 200, 217; SANDULLI M.A., *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo* (a cura di) SANDULLI M.A., Milano, 2006, 5; SOCA, F.G., *Attività amministrativa*, in *EdD*, agg., 1, 96; SOCA, F.G., *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* (a cura di) PARISIO, Milano, 2004; TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità ed annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *DP AMM*, 2003, 2, 409; ZITO, *L'integrazione della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *DP AMM*, 1994, 3, 580.

¹⁰⁹ ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 282.

¹¹⁰ *Ex multis* Cons. st., sez. IV, 22 settembre 2005 n. 4982, in *Foro Amm.-CDS*, 2005, 9, 2569.

In merito poi al suo contenuto, la completezza della motivazione è direttamente collegata alla complessità dell'istruttoria nonché, prima di tutto, alla natura ed all'ampiezza dei poteri autoritativi esercitati nel singolo caso dall'amministrazione: sono il contenuto dell'atto da adottare e gli interessi costituzionali coinvolti a condizionare le caratteristiche, in punto di proporzione, della motivazione.

La commisurazione della stessa varia, cioè, in relazione al fine perseguito, ai poteri - vincolati o discrezionali - esercitati, e, infine, alla valenza degli interessi in concreto affidati alla parte pubblica e, in definitiva, da contemperare. L'onere motivazionale risulterà, quindi, tanto più aggravato quanto più al potere conferito siano associati margini di discrezionalità (salvi gli atti normativi, quelli di c.d. alta amministrazione e quelli politici in senso stretto, relativamente ai quali, infatti, il fine pubblico da perseguire non è predeterminato).

In ogni caso, a prescindere dal contenuto concreto, il criterio guida è sempre lo stesso: ossia l'indicazione della valutazione data dalla p.a. alle osservazioni presentate dai partecipanti, non essendo richiesta viceversa una puntuale confutazione delle argomentazioni svolte dai privati in sede di memorie scritte e documenti depositati ai sensi dei citati artt. 7 e 9.

In conclusione, ciò che rimane indispensabile è che il provvedimento nel suo complesso permetta, con argomenti non illogici e non contraddittori, ma coerenti ed autosufficienti, la comprensione del percorso logico seguito¹¹².

Considerazione quest'ultima che giustifica l'affermazione, recentemente ribadita dal Consiglio di Stato, per cui deve ritenersi non ammessa l'integrazione c.d. postuma in giudizio - mediante cioè memorie difensive provenienti dall'amministrazione resistente - della motivazione dei provvedimenti aventi natura discrezionale, se la carenza ha riguardo alle indicazioni in punto di fatto¹¹³.

Nello specifico, secondo Palazzo Spada *“nel regime processuale attuale, segnato dalla potenziale irrilevanza delle invalidità procedurali che sono sanabili nei limiti ed alle condizioni di cui all'art. 21-octies, l. 7 agosto 1990 n.241, diviene*

¹¹¹ Ricostruzione che però non è affatto esclusa qualora il provvedimento contenga una pluralità di motivazioni autonome, perchè il venir meno, o l'infondatezza, di una di esse non determina per ciò solo l'illegittimità dell'atto se un'altra sia autonomamente idonea a sorreggerlo. Così Liberati 253 e Cons St. sez. V 29 agosto 2006 n. 5039, FA CDS, 2006, 7-8, 2215.

¹¹² Cfr. Cons St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2642, in *Foro Amm.-CDS*, 2002, 1312; Id., 23 dicembre 2000, n. 6938, *Foro Amm.-CDS*, 2000, 12.

¹¹³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1241.

concretamente lesiva quella motivazione postuma di un provvedimento già impugnato, che venga dedotta in giudizio, per il tramite delle difese o per il tramite di atti provenienti comunque dall'Amministrazione resistente, allo scopo di dimostrare (anche in via di eccezione) la sostanziale correttezza del provvedimento impugnato [...]” in quanto “il divieto di motivazione postuma, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, merita di essere confermato, rappresentando l'obbligo di motivazione il presidio essenziale del diritto di difesa”.

Ma alla stessa conclusione - della necessità di una motivazione *ab initio* - si perviene anche rispetto ai provvedimenti vincolati. Mediante il modello dell'interpretazione conforme alla Costituzione la giurisprudenza amministrativa di primo grado ha stabilito, infatti, che nell'ambito dei vizi formali di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, cit. – che in presenza di attività vincolata non consente di annullare il provvedimento viziato – non vi rientri anche il difetto di motivazione perché *“diversamente opinando ne discenderebbe una interpretazione della norma non coerente con le indicazioni di cui all'art. 113 della Cost., le quali ammettono sempre la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi e dei diritti contro gli atti dell'amministrazione”*¹¹⁴.

La stessa legge sul procedimento amministrativo dichiara ammissibile invece la c.d. motivazione *per relationem*. L'art. 3, comma 3, cit. dispone infatti che *“se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama”*.

Dubbi al riguardo sono sorti con riferimento alla sufficienza o meno in motivazione dell'indicazione dell'atto. A quanti sostengono che l'atto richiamato debba essere anche allegato, perché altrimenti il contenuto della motivazione potrebbe, in casi estremi, assumere le sembianze di *«mera comunicazione della parte dispositiva»* del provvedimento¹¹⁵, si sono opposti coloro che, in prevalenza, ritengono sufficiente, ai fini della conoscibilità dell'operato pubblico, la sola messa a disposizione dell'atto¹¹⁶.

¹¹⁴ CARDONE, *Il procedimento amministrativo e i diritti di partecipazione*, cit., 7. In giurisprudenza cfr. TAR Puglia, Lecce, sez. II, 20 novembre 2006, n. 5387.

¹¹⁵ In tal senso Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2002, n. 2400, in *Foro Amm.-CDS*, 2002, 1288.

¹¹⁶ Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. V, 6 marzo 2007, in *Foro Amm-TAR*, 2007, 3, 1060.

Un'ultima considerazione merita di essere svolta con riferimento alla qualificazione del vizio di omessa o insufficiente motivazione del provvedimento.

La motivazione, infatti, può essere carente sotto molteplici profili, a loro volta riconducibili a diverse tipologie di vizio. In estrema sintesi, può dirsi che sarà integrato il vizio di violazione di legge in caso di motivazione assente, insufficiente od oscura, e quello di eccesso di potere in caso di contraddittorietà, illogicità ed incertezza della stessa. Ciò in quanto, almeno in queste ultime ipotesi, la motivazione non è l'in sé del vizio ma il mezzo attraverso il quale si è manifestata un'insufficiente attività conoscitiva o comunque il perseguimento di finalità non consentite come scopi dell'atto emanato¹¹⁷.

Anche dopo l'introduzione della previsione legislativa di cui all'art. 3 cit. – che ha riqualficato molte delle ipotesi prima tipizzate dalla giurisprudenza come figure sintomatiche di eccesso di potere in violazione di legge - è dato comunque rinvenire, infatti, ipotesi di vizi motivazionali integranti gli estremi dell'eccesso di potere¹¹⁸.

Non si rinvencono, invece, allo stato attuale pronunce giurisprudenziali che, ispirate alla logica della massima tutela della democraticità dell'*agere* amministrativo, escludano nei casi in analisi l'applicazione del citato art. 21 *octies* cit. sul presupposto che il vizio di motivazione debba ricadere piuttosto nell'ambito del regime previsto all'art. 21 *septies* cit., ove è sancita la nullità del provvedimento amministrativo privo di «*elementi essenziali*».

L'ultimo punto saliente della disciplina “partecipativa” di cui alla legge n. 241/1990 che merita di essere riportato è quello relativo all'affermazione del principio della certezza dei tempi dell'azione amministrativa¹¹⁹.

¹¹⁷ BERGONZONI, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990)*, in *Dir Amm.*, 2000, 2, 181.

¹¹⁸ LIBERATI, *op.ult. cit.*, 267.

¹¹⁹ BENEDETTI, *L'attuazione della L. 241/90 in materia di termini del procedimento*, in *La legge n.241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, cit., 31 ss; CIMINI, *Semplificazione amministrativa e termine procedimentale*, cit., 143; CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n.80*, cit., 99; M.LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, cit., 291 ss; POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali. Il procedimento amministrativo*, cit., 135; F.G. COCCA, *Il silenzio della Pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale* cit., 239; F.G. COCCA, *Rilievi critici sul trattamento processuale del silenzio*, in *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, cit., 249.

L'art. 2 della legge n. 241/1990 – come modificato dalla recente novella n. 69 del 2009 - stabilisce che le pubbliche amministrazioni statali, eccettuate le autorità di vigilanza e di garanzia, hanno il dovere di concludere il procedimento amministrativo entro il termine di trenta giorni, salvo non sia diversamente stabilito da leggi speciali o dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati ai sensi dei commi 3 e 4 cit.

Conseguentemente, sia nel caso di procedimenti ufficiosi che in quelli iniziati ad istanza di parte, il termine massimo per la conclusione del procedimento è prestabilito dalla fonte normativa, dovendo l'attività amministrativa essere prevedibile e controllabile anche sotto il profilo temporale dell'azione.

Allo spirare del termine di volta in volta previsto dalla fonte normativa competente si avrà, infatti, a seconda delle ipotesi, un silenzio c.d. inadempimento, un silenzio c.d. rigetto o un silenzio c.d. assenso.

Rinviando per gli approfondimenti al prosieguo della presente trattazione, in questa sede è bene evidenziare esclusivamente che l'esercizio del potere pubblico nell'ambito del procedimento amministrativo delineato dalla legge n. 241/1990 è - a differenza di quanto si avrà modo di vedere con riferimento al procedimento sanzionatorio di cui alla legge n. 689/81 - temporalmente delimitato. Tant'è che, come si ricorderà, la comunicazione di avvio del procedimento deve indicare *“la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'articolo 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento, e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione”* e *“ nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza”* (indicazione quest'ultima allo stesso modo funzionalizzata all'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine finale prestabilito e quindi, in conclusione, rivolta alla certezza, da un lato, dei tempi amministrativi e, dall'altro, alla rapida definizione dei procedimenti amministrativi).

Quanto appena riportato è sufficiente per poter affermare, già in questa sede, che il principio della certezza dei tempi, ed in particolare il corollario della rapida definizione dei procedimenti amministrativi, non è allo stesso modo disciplinato dalla legge n. 689/1981.

Prima di chiudere conviene nuovamente richiamare quanto affermato in precedenza in ordine all'esistenza di una vera e propria dicotomia tra

“partecipazione-procedimento amministrativo”, da un lato, e “contraddittorio-procedimento sanzionatorio”, dall’altro, perchè l’una ispirata da una logica collaborativa, l’altro da istanze difensive.

Ciò è utile in quanto non sarà sfuggito che anche nel corso dell’analisi delle scansioni partecipative previste dalla legge n. 241/1990, ed in particolare in alcune situazioni - si pensi ad esempio all’analisi dell’istituto del preavviso di rigetto - ci si è non impropriamente riferiti al contraddittorio piuttosto che alla partecipazione collaborativa del privato.

Non si tratta invero di un errore ma di una presa di coscienza dell’affievolimento degli schemi inizialmente riportati.

E’ in atto, infatti, un avvicinamento tra le logiche che sottintendono rispettivamente le leggi nn. 241/90 e 689/81, e ciò a causa delle recenti modifiche apportate alla legge sul procedimento amministrativo nel 2005.

I dati che oggi emergono dopo le ultime modifiche apportate inducono a ritenere, infatti, che il modello partecipativo previsto dalla legge n. 241/1990 è un modello di partecipazione finalizzato, allo stesso tempo, alla salvaguardia anche degli interessi dei privati, tanto da poter affermare, finalmente, che gli interessi dell’interventore godono di una tutela non solo giurisdizionale ma anche (endo)procedimentale, che si realizza, cioè, durante ed all’interno dello svolgimento del procedimento amministrativo¹²⁰.

Come osservato in dottrina¹²¹, decisivo ai fini del prevalere della tesi secondo la quale la partecipazione nella legge n. 241/1990 ha oggi una finalità anche di difesa, e non solo prettamente collaborativa, è quanto si ricava appunto dal testo dell’art. 10 *bis*, aggiunto dall’art. 6 della legge 11 febbraio 2005, n. 15. E’ stato ragionevolmente ritenuto che l’attribuzione ai privati richiedenti del «*diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni*» rappresenti un strumento di tutela (endo)procedimentale, perché strettamente finalizzato a scongiurare l’emanazione di un provvedimento sfavorevole.

Sarebbe ben strano, infatti, che la legge riconoscesse ai cittadini interessati la titolarità di un «*diritto*» a presentare osservazioni e che ciò lo facesse in funzione degli interessi dell’amministrazione. Tale riconoscimento si spiega più agevolmente,

¹²⁰ BARONE, *I modelli di partecipazione procedimentale*, in www.giustamm.it.

¹²¹ BARONE, *op. utl. cit.*, in www.giustamm.it.

invece, se lo si intende finalizzato anche alla tutela delle situazioni soggettive private coinvolte dal procedimento.

Alla stessa stregua deve valutarsi l'introduzione del principio del raggiungimento del risultato di cui all'art. 21 *octies* cit¹²².

Se si legge la norma tenendo conto delle pronunce giurisprudenziali antecedenti al 2005 si apprezza, infatti, il vero intento della riforma, costituito dal rafforzamento dei mezzi "difensivi" del privato.

In precedenza, parte della giurisprudenza aveva infatti più volte affermato il principio per cui ove l'amministrazione avesse omissso di avvisare il privato dell'apertura del procedimento, violando così l'art. 7 della L. 241/90, non per questo il provvedimento finale doveva considerarsi automaticamente illegittimo: ricadeva però sul soggetto non avvisato, che affermava l'illegittimità dell'atto adottato, l'onere di provare in giudizio che, ove fosse stato posto nelle condizioni di partecipare al procedimento, avrebbe potuto introdurre utilmente nel procedimento elementi di fatto e di diritto tali da implicare, in termini di ragionevole possibilità, un'incidenza causale sul provvedimento finale¹²³.

Orientamento che veniva giustificato con la considerazione che l'obbligo di comunicare l'inizio del procedimento, e di consentire la partecipazione ai privati, erano stati previsti dal legislatore solo come mezzo per l'arricchimento dell'attività amministrativa sul piano sia del merito che della legittimità¹²⁴.

Con l'introduzione del nuovo regime previsto all'art. 21 *octies* cit. si dà risalto, invece, al profilo della funzione anche difensiva della partecipazione dei destinatari del provvedimento, in quanto nella sostanza si capovolge la regola secondo cui spetterebbe alle parti private fornire la prova del ruolo decisivo che avrebbe avuto la loro partecipazione all'attività amministrativa.

¹²² CERULLI IRELLI, *Considerazioni in tema di sanatoria di vizi formali*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, cit., 204; CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, cit., 43; GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento e annullabilità del provvedimento*, cit., 152; GALETTA, *Giudice amministrativo e vizi formali*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, cit., 187; GUANTARIO, *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; SORRENTINO, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21 octies della legge n. 241/1990*, in www.giustamm.it, 2007.

¹²³ Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. I, 15 aprile 2002, n. 624; TAR Sicilia, Catania, 28 novembre 1998, n. 2071

¹²⁴ Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, 27 gennaio 2000, n. 267; TAR Campania, Salerno, 3 dicembre 1998, n. 712.

Infatti, l'art. 21 *octies* cit. stabilisce, in via generale, che la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, rendendo illegittimo il provvedimento finale, consente al giudice di procedere al suo annullamento; in via di eccezione, che l'organo giurisdizionale non può caducare l'atto qualora «l'amministrazione», e non il privato, «*dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*». Dunque, secondo la disposizione citata, non spetta più al privato dimostrare in giudizio che, grazie alla sua partecipazione, il contenuto dell'atto poteva essere diverso da quello in concreto adottato, ma al contrario quest'onere della prova grava sull'amministrazione, che deve dimostrare l'irrelevanza del fatto che il destinatario del provvedimento non ha preso parte alla attività amministrativa, con la conseguenza che, ove non riesca a dare questa prova, il mancato avviso dell'avvio del procedimento consentirà al giudice di annullare il provvedimento contestato.

Può concludersi affermando, quindi, che le novità introdotte hanno ribaltato l'orientamento di una parte della giurisprudenza secondo cui spettava al privato l'onere della prova, introducendo così, *ex novo*, un profilo di forte tutela del destinatario del provvedimento, che ha diritto a ricevere l'avviso e che, ove non lo riceva, non è gravato da nessun onere di prova perché, al contrario, quest'ultimo si impone all'amministrazione¹²⁵.

Ne consegue, come affermato poc'anzi, un avvicinamento delle logiche sottese alle leggi nn. 241/90 e 689/81.

Punto di arrivo, quest'ultimo, che fa avvertire con ancor maggior interesse la necessità di un'interazione tra i due sistemi: il bisogno cioè di porre riparo alle lacune contenute nella disciplina prevista dalla legge n. 689/1981 in punto di procedimento sanzionatorio, mediante l'estensione analogica di quella dettata in generale per il procedimento amministrativo.

¹²⁵ BARONE, *op. ult. cit.*, in www.giustamm.it.

III) Segue:.... e le tutele procedurali “posticipate” della legge n. 689/1981

Alla dettagliata disciplina contenuta nella legge n. 241/1990 si contrappongono le scarse - e in più punti lacunose - disposizioni previste dalla legge n. 689/1981 in tema di procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative.

Immediatamente dopo aver delineato con puntuale attenzione i principi generali del sistema sanzionatorio amministrativo (artt. 1-12), la legge n. 689/1981 detta, attraverso pochissime previsioni normative di carattere procedimentali, i tratti essenziali dell' *iter* sanzionatorio-tipo.

Seguendo un ordine logico diametralmente opposto a quello scandito dalla legge n. 241/1990, il procedimento sanzionatorio di cui alla legge n. 689/1981 si articola, essenzialmente, in tre fasi: quella dell'accertamento (*rectius*, constatazione) della violazione; quella della contestazione-notificazione della violazione accertata (*id est*, dell'instaurazione con l'interessato del contraddittorio); e, infine, quella dell'adozione del provvedimento sanzionatorio (c.d. ordinanza-ingiunzione) o di archiviazione¹²⁶.

E' in ragione di tale inversione metodologica (prima la constatazione dei fatti e poi il contraddittorio) - ontologicamente propria di tutti i procedimenti accertativo-ispettivi perché “a sorpresa” - che si è scelto di definire come “posticipate” le tutele procedurali approntate dalla legge n. 689/1981.

Da ciò se ne ricava, *prima facie*, che la finalità sottesa a quest'ultima è esclusivamente di difesa e mai di collaborazione (così come, invece, si è visto nella logica della legge n. 241/1990).

Come si avrà modo di verificare oltre, l'*iter* procedimentale che conduce all'adozione della sanzione è per alcuni aspetti delineato in modo astratto (perché, ad esempio, non vengono direttamente individuati i contenuti essenziali minimi dell'atto di contestazione, essendo la specificazione degli stessi rimessa a singole leggi speciali, tra le quali vi rientrano anche quelle sulle ispezioni in materia di lavoro) e, per altri versi, è disciplinato in modo incompleto, «*per cui occorre far riferimento ad*

¹²⁶ TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 94.

istituti aliunde disciplinati ma applicabili anche al procedimento sanzionatorio” (come nel caso, che si vedrà, del diritto di accesso)¹²⁷.

Iniziando dalla prima delle fasi citate, la disciplina dei poteri di rilievo dei fatti integranti illecito amministrativo puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria è contenuta nell’ art. 13, comma 1, della legge n. 689/81, rubricato «*atti di accertamento*», ove è stabilito che «*gli organi addetti al controllo sull’osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro possono, per l’accertamento delle violazioni di rispettiva competenza, assumere informazioni e procedere a ispezioni di cose e di luoghi diversi dalla privata dimora, a rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ad ogni altra preparazione tecnica*».

All’attività di accertamento dell’illecito, come preannunciato, non è necessario che partecipi il presunto autore della violazione, né la sua assenza incide sul diritto al contraddittorio, essendogli garantito nella fase successiva della contestazione-notificazione dell’illecito la possibilità di difendersi nel procedimento, e quindi di incidere sulle risultanze emerse in sede di accertamento (*rectius* in materia di lavoro, di accesso ispettivo), controdeducendo attraverso lo strumento della presentazione di scritti difensivi e documenti entro trenta giorni dalla notificazione della contestazione¹²⁸.

Ciò è *in primis* confermato dal successivo art. 15 cit., che espressamente stabilisce tale principio nel momento in cui prevede che «*se per l’accertamento della violazione sono compiute analisi di campioni, il dirigente del laboratorio deve comunicare all’interessato, a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento, l’esito dell’analisi*» perchè solo successivamente «*l’interessato può chiedere la revisione dell’analisi con la partecipazione di un proprio consulente tecnico*»¹²⁹.

¹²⁷ GIOVAGNOLI, FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, 233.

¹²⁸ *Ex multis* Cass., sez. I, 27 aprile 2001, n. 6097.

¹²⁹ In seguito sarà anche chiarito che mentre ricadono con certezza nell’ambito di detta disciplina a contraddittorio c.d. differito (rispetto al momento dell’accertamento) i provvedimenti sanzionatori aventi natura pecuniaria - rispetto ai quali non si pone un problema di dequotazione del diritto di difesa perchè l’irrogazione della sanzione, e quindi i suoi effetti incisivi sul patrimonio del trasgressore, si determinano comunque successivamente rispetto all’intervento dell’interessato - altrettanto non può dirsi con riguardo a quelle “misure amministrative a finalità cautelare”, che sono disposte in via d’urgenza dall’amministrazione precedente (si pensi all’ipotesi di sospensione dell’attività imprenditoriale per violazione della disciplina in materia di lavoro) ed i cui effetti si

L'attività di accertamento consiste, come accennato, nel mero rilievo di fatti - tra i quali quelli eventualmente integranti violazioni amministrative - ma, è bene precisarlo sin da ora, non deve ritenersi che si esaurisca solo in questo, poiché, contestualmente o immediatamente dopo, segue il momento della valutazione e della qualificazione dei stessi¹³⁰.

Ritornando al dettato normativo, la legge n. 689/81, nel disciplinare il modello-tipo di procedimento sanzionatorio, non specifica, relativamente alla fase dell'accertamento, se le risultanze dell'attività debbano essere condensate e trascritte in un verbale, anche se deve tenersi presente, tuttavia, che tale obbligo può essere imposto da normative speciali (*in primis* quella in materia di accertamenti ispettivi in materia di lavoro).

Lo stesso deve dirsi anche con riferimento alla disciplina degli atti che nel concreto costituiscono e consentono l'accertamento.

Anche in questo caso, infatti, deve tenersi presente che le attività previste dall'art. 13 della legge n. 689/81¹³¹ sono enunciate in termini generali per tutti i procedimenti sanzionatori, essendo comunque fatto salvo «*l'esercizio degli specifici poteri di accertamento previsti dalle leggi vigenti*».

Tra queste le più importanti sono, da un lato, l'assunzione di informazioni - consistente nella raccolta scritta di notizie, segnalazioni o denunce - rese da persone, enti privati o ufficio pubblici, sulla sussistenza, sulle modalità dell'illecito nonché sull'individuazione dei responsabili¹³²; dall'altro, l'ispezione di cose e di luoghi diversi dalla privata dimora, che consiste nella constatazione diretta di cose o di luoghi e del loro stato ad opera di ufficiali pubblici.

In merito poi all'esercizio dei poteri di accertamento, un condivisibile indirizzo giurisprudenziale ritiene che le illegittimità "procedurali" perpetrate dall'amministrazione nella fase di acquisizione delle "prove" rilevino esclusivamente

determinano immediatamente già in sede di accertamento. Misure rispetto alla quali si pone quindi realmente un problema di classificazione in termini di provvedimento avente natura amministrativa o sanzionatoria con conseguente individuazione della disciplina procedimentale applicabile.

¹³⁰ COLLA, MANZO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001, 381.

¹³¹ Ove è espressamente previsto, al comma 1, che «*gli organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro possono, per l'accertamento delle violazioni di rispettiva competenza, assumere informazioni e procedere a ispezioni di cose e di luoghi diversi dalla privata dimora, a rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ad ogni altra preparazione tecnica*».

¹³² CAVALLAI, *Commentario all'art. 13 l. 24 novembre 1981, n. 689*, in *Legisl. Pen.*, 1982, 238

nel senso di escludere l'utilizzabilità, in sede di decisione finale, delle "prove" raccolte senza l'osservanza delle formalità previste a tutela del diritto al contraddittorio e alla difesa del trasgressore (si pensi ad esempio ai documenti acquisiti nel corso di un accesso, non autorizzato o illegittimamente autorizzato dall'autorità giudiziaria, presso l'abitazione dell'ispezionato¹³³; o, ancora, alla facoltà del datore di lavoro di farsi assistere dal proprio consulente del lavoro durante l'ispezione, la cui presenza sebbene non imposta ai fini della legittimità dell'accertamento rientra comunque nel diritto dell'ispezionato¹³⁴).

Alla stregua di quanto avviene nel processo penale, infatti, *«la violazione dei diritti delle parti viene dunque in rilievo in sede di sindacato di legittimità del provvedimento, che è illegittimo se e nella misura in cui faccia riferimento a prove ed informazioni non utilizzabili in quanto acquisite secondo modalità non consentite dalla legge. Con l'avvertenza, peraltro, che la decisione finale non è invalida in via derivata, per effetto dell'illegittimità di uno degli atti della serie procedimentale, bensì è viziata per un'intrinseca carenza probatoria: perché si fonda cioè su di una serie di dati i quali, se non sono dimostrabili aliunde e sulla base di prove legittimamente acquisite, non risultano sufficientemente accertati»*¹³⁵.

¹³³ SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 222, secondo la quale *«la tesi dell'inutilizzabilità ai fini della decisione delle prove acquisite in violazione dei diritti delle parti è stata in più occasioni affermata dal giudice civile in fattispecie relative ad avvisi di accertamento e sanzioni emanate sulla base di documenti acquisiti dall'amministrazione finanziaria nel corso di accessi all'abitazione del contribuente non autorizzati o illegittimamente autorizzati dall'autorità giurisdizionale»*. In questo senso cfr. Cass., 27 luglio 1998, n. 7368, in *Foro it.*, 1999, I, 1996; Id., 27 novembre 1998, n. 12050, in *Foro it.*, 1999; Id., 27 ottobre 1998, n. 16064, in *Foro it.*, 1999; Id., 3 dicembre 2001, n. 15230, in *Foro it.*, 2002.

¹³⁴ Al riguardo deve evidenziarsi che le disposizioni contenute nelle varie leggi speciali che stabiliscono il principio per cui la richiesta della parte di farsi assistere da un proprio consulente o difensore non comporta la sospensione dell'ispezione, sono normalmente mitigate attraverso le circolari applicative diramate dai vari istituti di vigilanza (si pensi, ad esempio, alle indicazioni operative diramate dalla Direzione generale per le Attività ispettive del Ministero del lavoro e delle politiche sociali alle Direzioni provinciali del lavoro) stabilendosi, sotto varie forme, che i funzionari ispettivi possono attendere, qualora ritengano che le circostanze del caso concreto lo consentano, un periodo di tempo ragionevole, comunque il più breve possibile, per iniziare l'accertamento. Un'attenta e sensibile dottrina, SCOGNAMIGLIO, *op.ult.cit.*, 222, afferma al riguardo che *«l'opinione secondo la quale l'assenza del difensore non inficia comunque la legittimità dell'ispezione merita forse di essere rivista. Anche la violazione del diritto delle parti di farsi assistere dal proprio consulente concreta in effetti di per sé una violazione del diritto alla difesa, la quale non può non influire sulla utilizzabilità della prova raccolta»*.

¹³⁵ SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 223, secondo la quale deve rilevarsi, per completezza, che *«l'orientamento richiamato non è costante. Secondo un altro indirizzo giurisprudenziale»* – cfr. Cass, sez. I, 6 marzo 1999, n. 1932, in *Rass. Avv. Stato*, 2000, I, 485; Id., sez. trib., 19 giugno 2001, n. 8344 e 16 marzo 2001, n. 3852, in *Foro it.*, 2001, I, 730 - *la regola dell'inutilizzabilità delle risultanze*

Subito dopo l'art 13 cit., dedicato alla fase dell'accertamento, segue l'art 14 rubricato «*contestazione e notificazione*», ove è previsto che «*la violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente tanto al trasgressore quanto alla persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa. Se non è avvenuta la contestazione immediata per tutte o per alcune delle persone indicate nel comma precedente, gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento. [...] L'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue per la persona nei cui confronti è stata omessa la notificazione nel termine prescritto*».

La contestazione degli addebiti rappresenta lo strumento centrale per portare il destinatario a conoscenza dell'esistenza di un procedimento sanzionatorio e dell'avvenuto accertamento - da parte dell'autorità amministrativa - di fatti che potrebbero integrare illeciti sanzionati in via amministrativa.

Si tratta cioè di uno strumento attraverso il quale si è inteso garantire all'incolpato l'esercizio del diritto di difesa "procedimentale", attraverso la instaurazione di un contraddittorio con l'organo accertatore.

La centralità dell'istituto della contestazione e, quindi, del contraddittorio nel procedimento sanzionatorio - che ha, come più volte affermato, carattere contenzioso - è dimostrata, *a contrario*, dalla circostanza che la mancata contestazione determina, a norma dell'ultimo comma dell'art 14 cit.¹³⁶, l'estinzione dell'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione¹³⁷.

Relativamente alla circostanza che la legge preveda la possibilità che la contestazione possa avvenire immediatamente o, se del caso, successivamente, deriva invece dalla considerazione che l'accertamento dei fatti, ma soprattutto la qualificazione degli stessi come illeciti amministrativi, non sempre è percepibile *ictu*

istruttorie acquisite illegittimamente non potrebbe andare oltre la materia penale, ove essa risulta espressamente sancita dall'art. 191 c.p.p."

¹³⁶ Ove è espressamente stabilito che «*l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue per la persona nei cui confronti è stata omessa la notificazione nel termine prescritto*».

¹³⁷ COLLA, MANZO, *op. ult. cit.*, 400; PALIERO, TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, vol. XLI; Milano, 1989, 395

oculi e, quindi, immediatamente operabile, ma può necessitare (e il più delle volte necessita) anche di una “lunga” attività di indagine e di valutazione.

Ciò è tanto vero che la conclusione dell’accertamento in senso stretto – dal quale decorre il termine perentorio per la notifica della contestazione – deve intendersi compiuto solo nel momento in cui l’autorità amministrativa procedente ha completato -anche e soprattutto a seguito della richiesta di informazioni all’autore della violazione - le indagini e le valutazioni intese a verificare la sussistenza di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi dell’infrazione¹³⁸ (*rectius*, come sarà più chiaro, nel momento in cui l’organo accertatore si è posto nella situazione di poter valutare compiutamente e di qualificare correttamente i fatti accertati non essendo necessaria altra attività di acquisizione istruttoria e di apprezzamento, che non avrebbe altro scopo se non quello, meramente dilatorio, di allungamento dei termini di contestazione-notificazione dell’illecito).

Come osservato in dottrina¹³⁹, quindi, se si esamina l’atto di contestazione degli addebiti secondo un angolo prospettico di tipo “funzionale-comparato” può ritenersi che lo stesso rappresenti una forma alternativa della comunicazione di avvio del procedimento prevista in via generale dalla legge n. 241/1990.

Comunicazione “posticipata” ma allo stesso tempo adeguata, nella forma e nella sostanza, alle peculiarità tipiche del procedimento sanzionatorio - che per sua natura è definito “a sorpresa” - specie sotto il profilo dell’ idoneità della stessa sia a rendere note al destinatario le ragioni della contestazione, sia a consentirgli di approntare una difesa.

La natura “a sorpresa” dei procedimenti accertativo-ispettivi giustifica quindi le statuizioni giurisprudenziali - da riferirsi, sia chiaro sin da subito, esclusivamente a quanto previsto dall’art. 7 della legge n. 241/1990 in tema di comunicazione di avvio del procedimento - secondo le quali *«nelle fattispecie regolate dalla normativa di cui alla legge 24 novembre 1981 n. 689 in materia di irrogazione di sanzioni amministrative, non trovano applicazione le disposizioni sulla partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo (art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241), le quali configurano una normativa generale su cui prevale la legge speciale in quanto idonea – mediante i meccanismi di informazione e di difesa previsti dagli art.*

¹³⁸ GIOVAGNOLI, FRATINI, *op. ult. cit.*, 246

¹³⁹ GIOVAGNOLI, FRATINI, *op. ult. cit.*, 247.

17 e 18 – ad assicurare garanzie di partecipazione non inferiori al “minimum” prescritto dall’anzidetta normativa generale»¹⁴⁰.

Come si sarà certamente notato, invece, nulla è espressamente previsto dalla legge n. 689/1981 - a differenza di quanto si è visto in sede di analisi della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo - con riferimento: al contenuto ed alla forma che la contestazione deve avere nel concreto; all’indicazione della persona fisica responsabile del procedimento, c.d. “organo accertatore” referente; e, infine, ai diritti che in questa fase sono (*rectius*, dovrebbero essere) riconosciuti in capo al soggetto autore della (presunta) violazione.

Basti pensare, a tal ultimo proposito, che la legge n. 689/1981 tace in ordine alla possibilità per il destinatario della contestazione di accedere agli atti del procedimento, facoltà che almeno secondo parte della dottrina - da privilegiare come vedremo¹⁴¹ – sebbene non specificatamente conferita dalla legge in esame «*appartiene al patrimonio dei principi generali applicabili al sistema sanzionatorio*» perchè, «*consentendo all’interessato di conoscere gli elementi istruttori che l’amministrazione valuterà nell’adozione del provvedimento conclusivo del procedimento, costituisce una modalità attuativa del principio di trasparenza ed è funzionale ad una tutela consapevole e cosciente degli interessi del privato suscettibili di essere lesi dall’esercizio del potere sanzionatorio amministrativo, in quanto consente all’interessato di apprestare*» - ed è questo il dato più rilevante - «*già in sede procedimentale la difesa dei propri interessi, sia sotto il profilo fattuale che giuridico*»¹⁴².

Da quanto sin qui esposto si comprende perchè la funzione assolta dall’atto di contestazione sia di così primaria importanza che ogni ipotesi di esclusione o limitazione dell’obbligo di notificazione degli “addebiti” – momento prima del quale gli stessi non producono effetti giuridici sulla sfera soggettiva del destinatario perchè non aventi ancora la qualifica di illecito amministrativo - debba essere espressamente prevista dalla legge e debba trovare giustificazione in una esigenza avente una pregnanza di rango almeno pari a quella sottesa all’obbligo medesimo (si pensi ad

¹⁴⁰ Cfr. Cass., sez. lav., 5 marzo 2003, n. 3254.

¹⁴¹ Cfr. cap. II, sez. II.

¹⁴² GIOVAGNOLI, FRATINI, *op. ult. cit.*, 246

esempio, all'esigenza di una tutela immediata della salute e della sicurezza dei lavoratori¹⁴³).

Ritornando nuovamente al dettato dell'art. 14 cit., ed in particolare ai tempi della contestazione dell'addebito, la norma citata stabilisce che quest'ultimo deve essere - quando è possibile sia dal punto di vista fattuale (ad esempio perché il contravventore è presente) che cognitivo-valutativo (ad esempio perché di pronta qualificazione tecnica) - contestato immediatamente ai soggetti chiamati per legge a risponderne. Ove altrimenti, è invece previsto che l'organo accertatore deve procedere alla notificazione dell' "imputazione" entro termini perentori (90 giorni o 360 giorni a seconda che il responsabile risieda in Italia o all'estero)¹⁴⁴.

Sull'argomento due osservazioni si rendono assolutamente necessarie.

In primis, il concetto di doverosa immediatezza della contestazione non deve essere inteso come sinonimo di assoluta contestualità tra accertamento del fatto e comunicazione del suo riscontro. L'immediatezza deve essere assunta, piuttosto, in senso relativo, dovendosi tener conto del tempo ragionevolmente necessario all'amministrazione non solo per acquisire i dati ma anche per valutarli nella loro consistenza ai fini della corretta formulazione della contestazione¹⁴⁵. Anche se, è bene precisarlo sin d'ora, la valutazione in termini di ragionevolezza e di congruità del tempo utilizzato dalla p.a. non è rimessa al libero arbitrio della stessa ma è rimessa al sindacato del giudice dell'opposizione all'ordinanza-ingiunzione, che terrà conto della difficoltà del caso specifico¹⁴⁶.

In secundis, la clausola di "impossibilità" della contestazione immediata, che legittima l'organo accertatore a contestare successivamente (ma entro il termine

¹⁴³ Tale questione, come si vedrà più avanti nel cap. I della sez. II, si pone con tutta evidenza con riguardo al c.d. "provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale", previsto all'art. 14 del d.lgs. n. 81/2008 recante «*Testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*», il quale ha, per ragioni di urgenza, efficacia immediata dal momento della sua notifica - che normalmente avviene direttamente in sede di accesso ispettivo - e che presuppone l'accertamento di violazioni in materia di lavoro rispetto alle quali non è data, in questa fase, sempre per questioni di urgenza, la possibilità al destinatario di contraddire. Ed il problema è di tale evidenza che la questione principale da sciogliere si incentra prima ancora sulla necessità di individuare la natura, amministrativa-cautelare o sanzionatoria, del provvedimento di sospensione, così da poter stabilire se il regime applicabile sia quello previsto dalla legge n. 689/1981 o piuttosto quello di cui alla legge n. 689/1981.

¹⁴⁴ COLLA, MANZO, *op. utl. cit.*, 406.

¹⁴⁵ *Cfr.* Cass., sez. III, 17 novembre 1999, n. 12737 nonché le citazioni giurisprudenziali indicate da COLLA, MANZO, *op. utl. cit.*, 407.

¹⁴⁶ La questione sarà affrontata *funditus* nel cap. III della sez. II.

prestabilito) la violazione, è costantemente interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in modo elastico, non riconoscendo alla stessa il valore di condizione di legittimità della contestazione medesima¹⁴⁷.

E' rimesso cioè al libero apprezzamento dell'organo accertatore la valutazione, anche sotto il profilo dell'opportunità, circa l'immediatezza o meno - purché nei termini previsti (decorrenti, come si vedrà, dal momento della completa acquisizione degli elementi oggettivi e soggettivi necessari per la valutazione sulla sussistenza di una condotta sanzionabile) - della contestazione¹⁴⁸.

Ragioni di opportunità che si possono riscontrare, ad esempio, nel caso in cui un unico accertamento abbia constatato molteplici condotte astrattamente qualificabili come illecito - e quindi da sanzionare - alcune soltanto delle quali di facile e pronta valutazione. In tali circostanze, infatti, per evitare il susseguirsi, sempre nel rispetto dei termini perentori previsti, di più verbali di contestazione, l'organo accertatore può legittimamente ritenere più conveniente attendere e notificare un unico atto conclusivo.

Circa la forma della contestazione, in assenza di una espressa indicazione normativa, la giurisprudenza consolidata della Suprema Corte di Cassazione¹⁴⁹ prevede che «*ai fini della ritualità della contestazione non è sufficiente l'enunciazione orale dell'addebito ma è necessaria la consegna di una copia del verbale di accertamento*», perché solo questo costituisce, ovviamente, l'unico «*mezzo per porre il trasgressore nella condizione di conoscere gli esatti termini del fatto contestato*»¹⁵⁰.

Per quanto concerne, inoltre, il contenuto dell'atto di contestazione, avendo questa la vocazione di strumento volto a portare conoscenza al destinatario¹⁵¹, è giocoforza ritenere che nel concreto la stessa debba avere una trama adeguata alla sua funzione. Il suo contenuto deve essere tale cioè da consentire al privato di avere piena contezza dell'illecito (*rectius*, dell'addebito) ascrittogli così da potersi

¹⁴⁷ PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 245.

¹⁴⁸ *Cfr.* Cass., sez. II, 10 ottobre 2005, n. 19664; Cass., sez. I, 27 aprile 2001, n. 6097.

¹⁴⁹ *Ex multis* Cass., sez. I, 21 febbraio 1997, n. 1609; Cass, sez. II, 23 gennaio 2007, 1400 nonché le citazioni giurisprudenziali indicate da COLLA, MANZO, *op. ult. cit.*, 408.

¹⁵⁰ Così anche COLLA, MANZO, *op.ult. cit.*, 408

¹⁵¹ COLLA, MANZO, *op.ult. cit.*, 403

difendersi con cognizione rispetto agli elementi posti a fondamento dell'impianto accusatorio¹⁵².

Pur mancando, come detto, nella legge n. 689/1981 un'elencazione esaustiva - alla stregua dell'art 8 della legge n. 241/90 - dei requisiti sostanziali che l'atto di contestazione deve possedere, la giurisprudenza ha sul precisato che la stessa deve avere un contenuto minimo rappresentato dall'esposizione chiara «*degli estremi di fatto [...] che non possono essere più modificati dall'amministrazione*» al di fuori dei termini previsti dall'art. 14¹⁵³, e «*l'enunciazione della loro qualificazione come violazione amministrativa*»¹⁵⁴.

Così come avviene nel processo penale (si vedano ad esempio gli artt. 516 e ss. c.p.p.), la contestazione dell'illecito è tuttavia ritenuta valida anche qualora sia stata erroneamente indicata la norma applicabile al fatto accertato, purché tale errore non leda in concreto il diritto di difesa dell'interessato¹⁵⁵. Per la corretta instaurazione del contraddittorio ed un pieno esercizio del diritto di difesa, ciò che rileva non è né la norma richiamata né, tantomeno, l'indicazione della sanzione edittale¹⁵⁶, ma la descrizione del fatto storico oggetto dell'imputazione.

Quanto al profilo - anch'esso già accennato in precedenza - circa l'omessa previsione nella legge n. 689/81 dell'indicazione, all'autore delle violazioni, della persona fisica responsabile del procedimento sanzionatorio, si deve innanzitutto prendere atto con favore che secondo una recente giurisprudenza di Cassazione, «*l'art. 8 della legge n. 241, che impone, tra l'altro, la indicazione espressa nella comunicazione di avvio del responsabile del procedimento, risponde ad esigenze diverse da quelle tutelate dall'art. 14 della legge n. 689/81*¹⁵⁷», l'uno essendo previsto, come più volte ribadito, per scopi collaborativi, l'altro di difesa.

Tuttavia alla considerazione appena riportata deve aggiungersi, per una corretta impostazione metodologica, che non solo per questo motivo può essere omessa l'indicazione del responsabile del procedimento sanzionatorio, dovendo

¹⁵² FERRARO, *Depenalizzazione*, in COLLA, MANZO, *op.ult. cit.*, 404; Cass., 27 marzo 1996, n. 2767.

¹⁵³ Cfr. Cass, sez. I, 26 ottobre 2006, n. 23018; Cass., sez. I, 3 febbraio 1999, n. 898.

¹⁵⁴ TRAVI, *I verbali amministrativi come mezzo di prova nei giudizi civili o di opposizione a sanzione pecuniaria*, in *Foro it.*, 1993, I, 2326, in part. 2234.

¹⁵⁵ Cfr. Cass., sez. I, 29 marzo 2006, n. 7123.

¹⁵⁶ Cfr. Cass., sez. II, 23 gennaio 2007, 1412.

¹⁵⁷ Cfr. Cass., sez. I, 28 settembre 2006, n. 21058.

essere tutt'al più surrogata dalla (minimale e generica) indicazione, nel verbale c.d. di accertamento, dell'ufficio al quale appartiene l'organo accertatore precedente. Ufficio al quale il destinatario della contestazione potrà far pervenire i chiarimenti ed i documenti¹⁵⁸ da quest'ultimo richiesti¹⁵⁹.

In generale, poi, qualora l'atto di contestazione sia carente con riguardo a quei contenuti "minimi" che si è cercato sin qui di delineare, lo stesso non deve ritenersi ancora affetto da vizi irrimediabili perché la sua salvezza - e così quella degli atti a cascata - è sempre possibile attraverso, ad esempio, la notifica di un atto integrativo o sostitutivo dello stesso, purché ciò avvenga, sia chiaro, entro i termini previsti dalla legge n. 681/1981 all'art. 14, comma 2¹⁶⁰.

Allo stesso modo, qualora l'addebito originariamente accertato (*id est*, il c.d. fatto storico) risulti non tanto confermato o smentito per effetto degli elementi istruttori acquisiti successivamente anche ad opera anche dell'interessato, quanto materialmente diverso (*rectius*, nuovo) nei suoi elementi costitutivi (oggettivi e soggettivi) fattuali, l'amministrazione non può, in ragione dell'immanente diritto di difesa riconosciuto in capo all'interessato, procedere oltre applicando la sanzione prevista per il fatto diverso, ma deve provvedere, sempre nell'osservanza dei limiti temporali previsti dall'art. 14 cit., alla contestazione del fatto nuovo¹⁶¹. Altrimenti

¹⁵⁸ I documenti appena indicati non devono essere confusi con gli scritti difensivi ed i documenti espressamente previsti, come si vedrà a breve, dall'art. 18 della legge n. 689/81, in quanto questi ultimi sono diretti, invece, al diverso ufficio competente all'adozione dell'ordinanza-ingiunzione o di archiviazione (ossia, nello specifico, al c.d. Ufficio legale e contenzioso) successivamente alla notificazione del verbale di contestazione di illecito amministrativo.

¹⁵⁹ Nell'arco temporale che va dal rilascio del verbale di accertamento (in materia di lavoro, verbale di primo accesso) e la notificazione del verbale di contestazione di illeciti amministrativi - successivamente al quale sono riconosciute all'interessato espressamente le facoltà di presentazione di scritti difensivi e di richiesta di audizione di cui all'art. 18 - «*l'amministrazione*», da intendere nel caso specifico nel senso dell'organo di vigilanza che conduce l'ispezione, «*è tenuta a richiedere immediatamente i chiarimenti necessari a specificare ulteriormente gli addebiti in modo da consentire effettivamente al privato di articolare le proprie difese con riferimento a fatti specifici*», così SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 216. Infatti, solo attraverso tali chiarimenti - seppur non imposti dalla legge - l'ispettore può valutare appieno se vi siano addebiti fondati ed eventualmente specificarli così da trasfonderli in modo circostanziato nel verbale di contestazione e consentire, conseguentemente, una difesa effettiva all'inculpato. Lo stesso autore - SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 221 - sottolinea allo stesso tempo che «*alla garanzia del diritto di difesa si collega il divieto di chiedere informazioni o documenti che non siano necessari e proporzionati rispetto all'accertamento in corso ovvero informazioni rivolte a provare i fatti oggetti di contestazione. Per il rispetto del diritto di difesa non può essere imposto alle parti di fornire risposte ed informazioni attraverso le quali verrebbero a confessare l'esistenza della propria infrazione*».

¹⁶⁰ Cfr. Cass., sez. I, 3 febbraio 1999, n. 898.

¹⁶¹ Cfr. Cass., sez. II, 29 novembre 2006, n. 25253.

opinando si violerebbe, infatti, il principio della corrispondenza tra contestazione e sanzione, corollario del diritto di difesa¹⁶².

La contestazione, dunque, limita il potere dell'amministrazione di applicare la sanzione per fatti diversi da quelli contestati.

Diversa da questa è, invece, l'ipotesi - cui già si è fatto cenno - in cui il fatto storico non muti nei suoi elementi costitutivi essenziali ma sia errata solo la qualificazione normativa attribuita agli stessi. In tal evenienza, essendo stato correttamente descritto il comportamento (storico) ritenuto illecito, l'atto di contestazione difetta solo sotto il profilo qualificativo, il che non necessariamente inficia il diritto di difesa se, ad esempio, è rimasta integra la facoltà di replica con riguardo all'esistenza di quel fatto (si pensi ad esempio all'errato richiamo di disposizioni normative non aderenti al principio del *tempus regit actum* e quindi errate solo sotto il profilo del *quantum* della sanzione). Ciò purché il vizio venga ovviamente emendato in sede di ordinanza-ingiunzione¹⁶³.

¹⁶² COLLA, MANZO, *op. utl. cit.*, 422-423 ed ivi i richiami giurisprudenziali. Secondo A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, cit., 211, «l'obbligo della precisa enunciazione dei fatti contestati trova il suo completamento nell'obbligo della necessaria corrispondenza tra il fatto contestato e quello accertato e dunque nel divieto per l'amministrazione di motivare la decisione finale con riferimento a fatti diversi rispetto a quelli già oggetto della contestazione preliminare. Pertanto nel caso in cui, nel corso dell'istruttoria, emergano ulteriori elementi che consentano una precisazione degli addebiti già contestati o addirittura di avanzare nuove contestazioni, l'amministrazione è tenuta ad adottare un apposito provvedimento di estensione degli addebiti, in modo da consentire ancora alle parti la replica.[...] Si tratta di formalità strumentali rispetto all'esigenza di consentire la corretta applicazione dei principi del contraddittorio e del diritto di difesa. Questi restano in definitiva elusi o apertamente violati se il privato non è posto in condizione di articolare le proprie difese, per l'assoluta genericità delle contestazioni formulate dall'amministrazione ovvero per la mancata indicazione di un termine ragionevole per replicare».

¹⁶³ PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 244; COLLA, MANZO, *op. utl. cit.*, 423. In giurisprudenza, Cass., sez. II, 20 marzo 2007, n.6638; Cass., sez. III, 18 febbraio 2000, n. 1876; Cass., sez. II, 2 maggio 2006, n. 10145; Cass., sez. I, 5 ottobre 2000, n. 13267. In particolare si segnalano al riguardo, Cass., sez. II, 20 marzo 2007, n. 6638 secondo la quale «*in tema di sanzioni amministrative, il mutamento dei termini della contestazione rispetto all'originario verbale di accertamento della violazione non è causa di illegittimità del provvedimento sanzionatorio qualora riguardi, come nella specie, soltanto la qualificazione giuridica del fatto oggetto dell'accertamento, sulla base della quale l'ente irrogatore della sanzione ritenga di passare dalla contestazione di un illecito ad un altro, purchè non sia posto a fondamento del rettificato addebito alcun fatto nuovo; in questa ipotesi non si verifica alcuna violazione del diritto di difesa, mantenendo il trasgressore la possibilità di contestare l'addebito in relazione all'unico fatto materiale accertato nel rispetto delle garanzie del contraddittorio. (La S.C. ha confermato sul punto la sentenza di merito di rigetto dell'opposizione, in una fattispecie in cui era stato in un primo momento contestato l'illecito di cui all'art. 54, primo comma, del d.lgs. n. 152 del 1999 - superamento dei limiti tabellari di inquinamento delle acque - e successivamente il Comune trasgressore era stato sanzionato per violazione del precetto di cui all'art. 54, quarto comma, del medesimo decreto, per la mancata adozione delle misure necessarie ed evitare un aumento anche temporaneo dell'inquinamento, in dipendenza però del medesimo fatto, consistente nella rilevata presenza nello scarico del depuratore comunale di azoto ammoniacale in concentrazioni superiori a quelle consentite)*»; Cass., sez. II, 2 maggio 2006, n.

Assolutamente non condivisibile è invece quell'orientamento sostanziale, che, ispirandosi al principio della conservazione degli atti amministrativi, ha stabilito che un'ordinanza-ingiunzione – che costituisce, come vedremo, il provvedimento conclusivo del procedimento sanzionatorio attraverso il quale viene irrogata la sanzione – *«non preceduta dalla contestazione dell'addebito non deve ritenersi illegittima qualora sia possibile riconoscerle natura mista di provvedimento sanzionatorio e di contestazione, per cui l'efficacia affittiva dell'atto resta condizionata allo spirare del termine per consentire all'interessato di articolare e produrre le proprie difese, sicché solo allo scadere di detto termine può iniziare a decorre il termine per la proposizione dell'opposizione prevista all'art. 22 della legge n. 689/81»*.¹⁶⁴

Oltre alla considerazione che costituisce principio degno di uno Stato civile e moderno quello per cui non può addossarsi in capo all'interessato l'onere di dover discernere ed individuare la natura di un atto, depone contro l'interpretazione suggerita anche il profilo - meramente organizzativo ma comunque denso di significato pratico-giuridico - che così ragionando si crea incertezza anche in capo agli organi competenti per la riscossione.

Altresì non condivisibile è quella dottrina secondo la quale *«la conseguenza dell'assimilazione della contestazione alla comunicazione di avvio è che la mancata contestazione dell'illecito, poi sanzionato, non costituisce causa di annullamento in sede giurisdizionale dell'atto applicativo della sanzione qualora l'amministrazione, in tale sede, dia prova del fatto che, anche qualora fosse stata effettuata la contestazione dell'addebito e l'interessato avesse avuto la possibilità di difendersi nell'ambito del procedimento sanzionatorio, l'esito di quest'ultimo sarebbe stato identico»*.¹⁶⁵

Al ragionamento riportato si contrappone, infatti, la connotazione democratica dell'ordinamento italiano la quale si impone anche e soprattutto per il

10145 secondo la quale *« in tema di sanzioni amministrative, sussiste la violazione del precetto posto dall'art. 14 della legge n. 689 del 1981 - per il quale deve sussistere la necessaria correlazione tra fatto contestato e fatto assunto a base della sanzione irrogata - tutte le volte in cui la sanzione venga irrogata per una fattispecie - individuata nei suoi elementi costitutivi e nelle circostanze rilevanti delineate dalla norma - che sia diversa da quella attribuita al trasgressore in sede di contestazione, posto che solo in tali casi viene leso il diritto di difesa del trasgressore medesimo»*.

¹⁶⁴ Ccfr. Cass., sez. I, 28 marzo 2006, n. 6997.

¹⁶⁵ GIOVAGNOLI, FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, 493.

tramite di regole procedurali e ciò, in particolar modo, quando si tratti di norme procedimentali relative ad ambiti sanzionatori. Democraticità che non a caso è scolpita dalla Costituzione sin dall'art 1, ove è stabilito che la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle «forme» previste dalla legge.

Altrimenti opinando, infatti, si corre il rischio per cui il cittadino, al fine di esercitare un controllo sull'operato della pubblica amministrazione, si veda costretto a ricorrere "al buio" avverso le sanzioni amministrative, con la possibilità, tra l'altro, di soccombere.

Il ragionamento¹⁶⁶, inoltre, si scontra con il dato evidente che il sistema sanzionatorio amministrativo è ispirato, oltre che dai principi generali dell'azione amministrativa, anche e soprattutto dal fatto di essere un sistema punitivo di chiara matrice penale che non ammette, per questo, conclusioni fondate su ragionamenti di natura prettamente sostanziale¹⁶⁷.

Un'ultima considerazione, infine, è importante svolgere con riferimento all'atto di contestazione. Come si sarà intuitivamente compreso, l'atto conclusivo attraverso il quale si qualifica un comportamento come illecito e si irroga la sanzione amministrativa pecuniaria è "solo" l'ordinanza-ingiunzione. Nella contestazione, atto a quest'ultima prodromico, sono descritti addebiti ancora "fluidi" e suscettibili di mutamento, tant'è che la stessa, da un parte, costituisce atto meramente endoprocedimentale privo di immediati e diretti effetti lesivi nella sfera giuridico-patrimoniale dell'interessato - non costituendo perciò titolo per l'applicazione e quindi per la riscossione della sanzione - dall'altra, non è di per sé autonomamente impugnabile, difettando in capo all'autore dell'addebito un interesse ad agire in giudizio essendo la sua difesa ancora apprestabile nell'ambito del procedimento.

Dal punto di vista meramente procedimentale, invece, la notifica del verbale di contestazione degli addebiti determina, nei confronti degli interessati, da un lato, l'effetto di far decorrere i termini rispettivamente previsti di 60 giorni per il

¹⁶⁶ Che in un certo senso sembra ispirarsi alla logica sottesa all'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990.

¹⁶⁷ Al riguardo basta confrontare i primi 11 articoli della legge n. 689/81, sui principi generali delle sanzioni amministrative, con quelli propri del diritto penale e del diritto procedurale penale, tant'è, da un lato, che il criterio discretivo tra la sanzione amministrativa e quella penale si basa esclusivamente sul dato formale della tipologia della sanzione e dell'organo competente all'irrogazione della stessa, dall'altro, che numerosi sono stati i processi di depenalizzazione che hanno dequotato la rilevanza penale di taluni precetti in violazioni amministrative.

pagamento in misura ridotta (art. 16 cit.) e di 30 giorni per la presentazione degli scritti difensivi e dei documenti all'autorità competente (art. 18 cit.); dall'altro, fa sorgere in capo al singolo funzionario che ha accertato la violazione l'obbligo di presentazione del rapporto (*ex art. 17 cit.*) «*all'ufficio periferico cui sono demandati attribuzioni e compiti del Ministero nella cui competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione*» una volta che sia decorso il predetto termine per il pagamento in misura ridotta.

Iniziando dall'art. 16 della legge n. 689/1981, la norma riconosce agli interessati il diritto, una volta ricevuta la notifica della contestazione, di poter impedire che il procedimento sanzionatorio segua il suo *iter* naturale - approdando cioè all'adozione del provvedimento sanzionatorio (c.d. ordinanza-ingiunzione) - attraverso lo strumento del pagamento in misura ridotta (pari alla terza parte del massimo o, se più favorevole, del doppio del minimo, se previsto) della sanzione prevista per la violazione commessa entro il termine di 60 giorni dalla contestazione. Attraverso tale meccanismo, che costituisce una forma conciliativa volta a definire il rapporto obbligatorio/sanzionatorio¹⁶⁸, l'interessato beneficia di una agevolazione economica perchè rinuncia alla successiva fase amministrativa di irrogazione della sanzione ed a quella giudiziaria. Per mezzo di detto pagamento, infatti, la pretesa obbligatoria derivante dall'accertamento viene dall'interessato allo stesso tempo riconosciuta come fondata ed estinta, precludendo l'ulteriore corso del procedimento.

E' in ragione della funzione conciliativa e deflativa (sia procedimentale che processuale) svolta dall'istituto del pagamento in forma ridotta che si giustifica l'osservazione per cui costituisce vera e propria causa di annullamento dell'ordinanza-ingiunzione, in quanto adottata a seguito di irregolare conclusione della fase procedimentale di cui al predetto art. 16, l'ipotesi in cui il privato abbia manifestato all'amministrazione l'intenzione di provvedere al pagamento in misura ridotta della sanzione e questa abbia erroneamente escluso tale possibilità. Altrimenti opinando, infatti, il contravventore vedrebbe in tal modo lesa il suo diritto a definire immediatamente, e con oneri economici inferiori, il procedimento sanzionatorio¹⁶⁹.

¹⁶⁸ GIOVAGNOLI, FRATINI, *op. ult. cit.*, 291. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 10 novembre 1998, n. 11308.

¹⁶⁹ *Cfr.* Cass., sez. III, 6 ottobre 2000, n. 13345.

Il successivo art. 17 cit. prevede, poi, che qualora il contravventore non si sia avvalso, volente o nolente, della predetta facoltà (in sostanza, non abbia provveduto ad effettuare il pagamento in misura ridotta entro il termine di 60 giorni) «*il funzionario o l'agente che ha accertato la violazione deve presentare rapporto, con la prova delle eseguite contestazioni o notificazioni*» al capo-ufficio.

La norma in sé nulla dice in ordine al contenuto del rapporto. Tuttavia maggiori indicazioni possono trarsi attraverso una lettura congiunta della stessa con il successivo art. 18, ove è previsto che «*entro il termine di trenta giorni dalla data della contestazione o notificazione della violazione, gli interessati possono far pervenire all'autorità competente a ricevere il rapporto a norma dell'art. 17 scritti difensivi e documenti e possono chiedere di essere sentiti dalla medesima autorità. L'autorità competente, sentiti gli interessati, ove questi ne abbiano fatto richiesta, ed esaminati i documenti inviati e gli argomenti esposti negli scritti difensivi, se ritiene fondato l'accertamento, determina, con ordinanza motivata, la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento, insieme con le spese, all'autore della violazione ed alle persone che vi sono obbligate solidalmente, altrimenti emette ordinanza motivata di archiviazione degli atti comunicandola integralmente all'organo che ha redatto il rapporto*».

Essendo l'autorità competente a ricevere il rapporto dell'organo accertatore la stessa che dovrà poi, a seguito degli scritti difensivi, dei documenti e dell'audizione dell'interessato, valutare nel complesso la fondatezza o meno dell'accertamento svolto ed adottare, se del caso, l'ordinanza di ingiunzione al pagamento o quella di archiviazione, se ne deduce che nel rapporto deve essere quantomeno indicata - alla stregua di quanto disposto dall'art. 332 del codice di procedura penale con riferimento al contenuto della denuncia - l'esposizione in via essenziale del fatto accertato, gli elementi istruttori raccolti, nonché la denominazione, le generalità, il domicilio e quanto altro valga alla identificazione di coloro ai quali il fatto è attribuito.

Unitamente allo stesso, dovrà essere trasmesso, ovviamente, il c.d. "fascicolo" contenente tutti i verbali - di accertamento (*rectius*, di primo accesso) e di contestazione dell'illecito - e gli elementi raccolti (in materia di lavoro si pensi, ad

esempio, alle dichiarazioni rese dai lavoratori agli organi ispettivi in sede di accesso ispettivo).

Sulla valenza tecnica della diversa dizione letterale usata dal legislatore della legge n. 689/1981 («*scritti difensivi*») rispetto a quello della legge n.241/1990 («*memorie scritte*») si è già detto in precedenza. Ciò che invece è interessante aggiungere ora è che la previsione di due diversi termini perentori estremamente ravvicinati, e per di più entrambi decorrenti dalla notifica del verbale di contestazione - in particolare, da un lato, quello di 30 giorni per il deposito di scritti difensivi e documenti, e, dall'altro, quello di 60 giorni, per il pagamento in misura ridotta – fa sì che le due facoltà debbano ritenersi, di fatto, tra loro alternative, salvo l'improbabile evenienza che l'autorità competente, ricevuto il rapporto e le difese, si pronunci così celermente sulle deduzioni da non essere ancora spirato il termine di 60 giorni previsto per il pagamento in misura ridotta¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Infatti, il pagamento della sanzione in misura ridotta (seppur effettuato con la riserva di depositare scritti difensivi), avendo finalità deflattive del procedimenti contenziosi, sia amministrativi che giurisdizionali, comporta sempre l'automatica estinzione del procedimento sanzionatorio. Secondo lo schema astrattamente delineato dalla legge n. 689/1981, infatti, il pagamento è una mera facoltà per il trasgressore giacché egli può anche liberamente decidere di non aderire alle conclusioni riportate nel verbale di accertamento, depositare gli scritti difensivi, attendere che gli venga successivamente notificata l'ordinanza-ingiunzione (unico provvedimento oppugnabile per mezzo della quale viene concretamente determinato l'importo della pretesa sanzionatoria da parte della P.A. procedente) e proporre un ricorso in opposizione avverso la stessa. Se, quindi, il trasgressore decide liberamente di avvalersi direttamente del beneficio del pagamento in misura ridotta egli manifesta implicita acquiescenza all'accertamento della responsabilità per le violazioni contestate, così rinunciando ad esercitare il proprio diritto di tutela a fronte della completa estinzione dell'illecito (cfr. Corte Costituzionale, 20 febbraio 2007, n. 46; Cass. n. 3735/2004 e 2862/2005), dal che ne deriva, conseguentemente, l'estinzione anche del procedimento e, quindi, la perdita della facoltà sia di depositare gli scritti difensivi sia di agire in giudizio (perché il ricorso diventa inammissibile, tra l'altro, per la mancanza dell'unico provvedimento oppugnabile in via giurisdizionale, ossia l'ordinanza-ingiunzione). Diversamente, invece, nel caso di pagamento delle somme oggetto dell'ordinanza-ingiunzione. Sul punto sussiste, infatti, un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale tale pagamento da parte del debitore è finalizzato unicamente ad evitare la riscossione coattiva a mezzo ruoli esattoriali ed i conseguenti aggravii di spesa (l'ordinanza-ingiunzione è infatti titolo esecutivo), permanendo invece l'interesse del ricorrente ad ottenere una pronuncia di merito e vedere dichiarato - in caso di accoglimento dell'impugnazione presentata - il diritto alla ripetizione dell'indebito. La Corte di Cassazione ha ribadito più volte che «*in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, il pagamento della somma portata dall'ordinanza-ingiunzione, potendo ricollegarsi alla volontà dell'intimato di sottrarsi all'esecuzione forzata esperibile in base a detto provvedimento, non comporta di per sé acquiescenza né incide sull'interesse ad insorgere avverso il provvedimento medesimo*» (cfr. ex multis Cass., sez. I, 22 agosto 2006, n. 18228; Id., 25 febbraio 2004, n. 3735; Id., 11 febbraio 2005, 2826). Tale principio risulta ancora più evidente se, unitamente al pagamento, il debitore abbia espresso la chiara volontà di non prestare acquiescenza al provvedimento ingiuntivo. Quanto sin qui espresso viene plasticamente descritto nella circolare 28 aprile 2010 n. 16 del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali.

Quest'ultima considerazione induce quindi a ritenere che l'invio del rapporto anteriormente alla scadenza del termine di 60 giorni - sebbene determini inevitabili ripercussioni a livello organizzativo, aggravando notevolmente il carico dell'Ufficio c.d. legale e contenzioso competente *ex art. 18 cit.* - non determina in realtà alcuna illegittimità procedurale, tenuto conto che l'interessato non subisce alcun pregiudizio ma anzi vede implementarsi le possibilità che si realizzi l'evenienza fattuale appena descritta.

Anche perché, da un lato, le deduzioni degli interessati potranno essere apprezzate dall'ufficio legale e contenzioso solo se a questo è già pervenuto (e conosce quindi) il rapporto¹⁷¹; dall'altro, perché quest'ultimo avrà maggior tempo per la valutazione degli stessi e per l'adozione di una decisione prima che decorra il termine per il pagamento ridotto.

Alla luce di quanto sin qui esposto può affermarsi che l'acquisizione di scritti difensivi, di documenti e l'audizione dell'interessato consente sì all'amministrazione di acquisire al procedimento ulteriori elementi valutativi, ma ciò non solo, e comunque non tanto, in chiave collaborativa, ma soprattutto al fine di assicurare il diritto di difesa ed il contraddittorio, che per questo si è definito "posticipato", rispetto alla pretesa sanzionatoria.

Ne deriva, da un lato, che il mancato esercizio delle predette prerogative che sia dovuto a comportamento imputabile all'amministrazione rende invalido il provvedimento sanzionatorio finale¹⁷² e che, alla stessa stregua, l'omessa valutazione delle deduzioni difensive altera il provvedimento per vizio di motivazione¹⁷³;

¹⁷¹ COLLA, MANZO, *op. ult. cit.*, 436.

¹⁷² Sull'individuazione del tipo di illegittimità regnano le più disparate tesi riassumibili come segue. A chi qualifica il vizio in termini di annullabilità della sanzione, non rilevabile perciò d'ufficio (Cass. sez. II 22 febbraio 2007, n. 4019), si contrappone chi riconduce il vizio a causa di nullità del provvedimento rilevabile d'ufficio (Cass. sez. I 20 giugno 2006, n. 14271 e Cass. sez. lav, 7 agosto 2003, n. 11937).

¹⁷³ La rilevanza del vizio di motivazione cagiona in realtà l'annullamento della sanzione da parte del giudice solo se le deduzioni difensive si rivelano effettivamente fondate in giudizio. L'affermazione si impone se solo si consideri, come sarà più chiaro oltre, che tale vizio diviene di per sé irrilevante ai fini della legittimità del provvedimento dal momento che il sindacato del giudice dell'opposizione si estende alla validità sostanziale del provvedimento stesso attraverso un autonomo accesso e un nuovo esame della ricorrenza dei presupposti di fatto e di diritto dell'infrazione, in esito al quale decretare la fondatezza o meno della pretesa sanzionatoria. In questi esatti termini GIOVAGNOLI, FRATINI, *op. ult. cit.*, 57. In giurisprudenza, *cf.* Cass., sez. II, 4 maggio 2007 n. 10243; Cass., sez. I, 1 luglio 1997, n. 5884, ma ancor prima Cass., sez. un., n. 3271/1990. Si tratta, in sostanza, della stessa logica del principio del risultato sottesa all'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990, in una prospettiva però più ampia perché limitatamente alla disposizione citata si è escluso dall'ambito

dall'altro, all'opposto, che il tardivo deposito degli scritti imputabile all'incolpato produce, come unica conseguenza, il venir meno dell'obbligo per l'autorità competente di tenerne conto nonché di accogliere la richiesta di essere sentito (non incidendo allo stesso tempo anche sulla facoltà dell'interessato di proporre opposizione all'eventuale provvedimento affittivo)¹⁷⁴.

E' evidente, tuttavia, che se la durata del procedimento sia tale da consentire nel concreto comunque all'amministrazione di valutare le memorie ed i documenti presentati sì oltre termine ma comunque in tempo utile, alla luce dei principi costituzionali di buon andamento, imparzialità, efficienza ed economicità dell'*agere* pubblico, all'amministrazione "conviene" comunque di prenderli in esame, tenuto conto che la mancata valutazione delle controdeduzioni potrebbe incidere sul merito del provvedimento finale, esponendolo al rischio di censura in sede giurisdizionale¹⁷⁵.

Al fine di sottolineare la diversità di impostazione rispetto al sistema delineato dalla legge n. 241/1990, è utile riportare le riflessioni di un'attenta dottrina secondo la quale l'art. 18 cit. « *non è a tutela di interessi dell'Amministrazione (come sarebbe se in definitiva le difese dell'incolpato servissero solo per consentire all'autorità competente di acquisire ulteriori elementi di giudizio), ma è innanzi tutto espressione di un interesse proprio del cittadino (connesso allo "status" di incolpato) e dell'esigenza di una sua tutela già nella sede amministrativa. Questo modo di intendere il contraddittorio nel procedimento sanzionatorio, in termini anomali rispetto ai caratteri ordinari del procedimento amministrativo, trae fondamento dalla convinzione che il provvedimento sanzionatorio si caratterizza non per il suo contenuto ablatorio in senso ampio, ma soprattutto per essere momento di qualificazione della condotta di un cittadino in termini di illiceità. Attraverso il provvedimento sanzionatorio l'amministrazione incide pesantemente sulla posizione*

di applicazione proprio il vizio di motivazione del provvedimento amministrativo, non avendo il giudice amministrativo, al pari di quello ordinario, i poteri modificativi o di annullamento parziale. Non si ignora tuttavia che l'assenza di una motivazione in ordine al perché del mancato accoglimento delle produzioni difensive costringe l'interessato a dover proporre un "ricorso al buio". Al riguardo, una ricca indicazione di orientamenti giurisprudenziali è indicata da R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *op. ult. cit.*, 300.

¹⁷⁴ Cfr. Cass., sez. I, 13 giugno 2006, n. 13677.

¹⁷⁵ GIOVAGNOLI, FRATINI, *op. ult. cit.*, 305.

d'interessi del cittadino: lo giudica per la sua condotta e non per un interesse proprio»¹⁷⁶.

La disciplina prevista dall'art. 18 cit. - oltre che problematica per il carente coordinamento sistematico con l'art. 17 cit., attesa l'accennata incongruità del termine di 30 giorni previsto per l'invio delle deduzioni difensive, considerato, come detto, che in quel momento non è ancora stato, il più delle volte, inviato il rapporto, per cui l'amministrazione non è ancora in grado di valutare le produzioni dell'interessato¹⁷⁷ - risulta, come pregevolmente osservato in dottrina, «rudimentale ed incompleta»¹⁷⁸ non essendo prevista la possibilità per il privato di prendere visione degli atti del procedimento.

Sulla questione dell'applicabilità della disciplina contenuta agli artt. 10 (c.d. accesso endoprocedimentale) e 24 (limiti al diritto di accesso agli atti) della legge n. 241 anche ai procedimenti di natura sanzionatoria, ed in particolare a quelli ispettivi in materia di lavoro, si rinvia a quanto si dirà più approfonditamente oltre¹⁷⁹. Al momento è sufficiente far rilevare che mentre per la dottrina è scontato affermare che a seguito della introduzione della legge n. 241/1990 la questione deve ormai ritenersi superata - «perché l'assenza di una previsione nell'ambito della legge n. 689 non impedisce di affermare che un tale diritto dev'essere senz'altro riconosciuto»¹⁸⁰ essendo la legittimazione all'accesso da parte dell'interessato «implicita nella qualità dallo stesso assunta rispetto all'esercizio del potere sanzionatorio (o disciplinare)»¹⁸¹ - in alcune pronunce la Corte di Cassazione¹⁸² ha

¹⁷⁶ PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa*, 1988, 248.

¹⁷⁷ FERRARO, *Depenalizzazione*, in G. COLLA, G. MANZO, *op. ult. cit.*, 444.

¹⁷⁸ PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa*, *op. ult. cit.*, 247; ID., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, 396

¹⁷⁹ Cfr. sez. II, cap II.

¹⁸⁰ PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa*, *cit.*, 247; ID., *Sanzioni amministrative*, *cit.*, 396; COLLA, MANZO, *op. ult. cit.*, 444.

¹⁸¹ GIOVAGNOLI, FRATINI, *op. ult. cit.*, 301, secondo il quale la legittimazione all'accesso endoprocedimentale agli atti del procedimento sanzionatorio è *in re ipsa* non sussistendo l'onere in capo all'incolpato di specificare la posizione giuridica sottostante rispetto ai documenti dei quali è richiesta l'ostensione. Anche secondo SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 234, «alla stregua del disposto dell'art. 10 della legge n. 241/1990 il diritto alla conoscenza degli atti inerisce necessariamente alla stessa qualifica di parte. La precisazione è importante perché consente di affermare che la legittimazione al diritto di accesso spetta alle parti, necessarie o eventuali, in quanto tali, senza che sia necessaria una ulteriore verifica, caso per caso, circa la titolarità in capo a queste di un'autonoma situazione legittimante, ovvero dell'interesse giuridicamente rilevante, richiesto dall'art. 22». In questi termini già il Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 1995, n. 71, in *Foro Amm.- CDS*, 1995, 320, ove si chiarisce che per le parti la legittimazione all'accesso ai documenti amministrativi discende direttamente per legge mentre per i soggetti terzi rispetto al procedimento amministrativo cui

ancora ritenuto che «*in tema di sanzioni amministrative disciplinate dalla legge n. 689 del 1981, l'annullamento dell'ordinanza - ingiunzione può essere pronunciata per violazione di legge anche nel caso in cui si accerti la sussistenza di vizi formali, e cioè derivanti da inosservanza delle regole del procedimento, non potendo però ricomprendersi tra queste quelle stabilite dalla legge n. 241 del 1990 in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi e di disciplina del procedimento amministrativo*» e ciò solo perché le stesse «*non sono applicabili alle fattispecie disciplinate dalla legge n. 689 del 1981, che costituisce legge speciale e, quindi, prevale sulla legge generale in materia di procedimento amministrativo, risultando peraltro previste garanzie di livello non inferiore a quelle stabilite da quest'ultima legge*».

Come visto, viceversa, il nesso di strumentalità tra il diritto di accesso ai documenti e l'esercizio del diritto di difesa già in ambito procedimentale è evidente, poiché senza una cognizione precisa dei fatti e degli atti le parti non sono in condizione di poter formulare efficacemente le proprie osservazioni. Il pieno accesso agli atti, infatti, è imposto dall'esigenza di assicurare alle parti, nei confronti dell'amministrazione procedente, quella "parità delle armi" che costituisce una garanzia procedurale necessaria per l'effettiva realizzazione del diritto al contraddittorio già nel procedimento (oltre che in sede giurisdizionale) al fine, anche, di evitare il fenomeno dei c.d. ricorsi al buio¹⁸³.

si riferiscono i documenti la legittimazione all'accesso ai documenti va invece accertata caso per caso, in base al criterio dell'interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti.

¹⁸² Cfr. Cass., 11 aprile 2003, n. 5790, in www.italggiure.giustizia.it.

¹⁸³ SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 235, la quale tuttavia altresì rileva, sul piano strettamente pratico, «*che nel caso di violazione del diritto di accesso, perché arbitrariamente o ingiustificatamente negato, la giurisprudenza prevalente esclude che il diniego di accesso, o la disparità che si sia creata tra le parti del procedimento per il fatto che una di queste non ha avuto conoscenza degli atti del procedimento vizi di per sé il provvedimento finale*» perché «*il diritto di accesso ai documenti è immediatamente tutelabile nelle forme previste dall'art. 25 della legge n. 241/90 e dunque attraverso un autonomo ricorso propriamente rivolto ad ordinare all'amministrazione l'esibizione del documento. Pertanto, la mancata proposizione dell'actio ad exhibendum preclude alla parte la possibilità di dedurre la violazione del diritto di accesso, e dunque del diritto alla difesa, come motivo di illegittimità nel ricorso per l'annullamento del provvedimento finale*». Affermazione questa che però risulta criticabile nella parte in cui, sempre sul piano strettamente pratico, importa l'obbligo per la parte di effettuare un ricorso al buio se solo si tengono presenti i tempi per la formazione del diniego dell'accesso e quelli processuali per la definizione del relativo giudizio rispetto a quelli del procedimento sanzionatorio. Né può ritenersi che il diritto al contraddittorio è salvo perché in sede di giudizio l'art. 23, comma secondo, della legge n. 689/81 stabilisce che «*se il ricorso è tempestivamente proposto, il giudice fissa l'udienza di comparizione con decreto, steso in calce al ricorso ordinando all'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato di depositare in cancelleria, dieci giorni prima della udienza fissata, copia del rapporto con gli atti*

Tra i richiamati vizi formali inficianti la legittimità del provvedimento conclusivo rientra invece, senza alcun dubbio, la mancata audizione dell'interessato nel caso in cui questi ne abbia fatto tempestivamente richiesta¹⁸⁴.

L'audizione orale con l'interessato costituisce, infatti, un ulteriore momento di differenza tra la filosofia partecipativa in chiave collaborativa sottesa al procedimento delineato dalla legge n. 241/1990 e quella che ispira l'impianto normativo in esame.

Al riguardo, mentre l'originaria previsione, contenuta nel disegno di legge della legge n. 241/1990 elaborato dalla Commissione Nigro, di un momento di confronto diretto ed orale con l'interessato è stata stralciata in sede di approvazione parlamentare della legge sul procedimento amministrativo (perché ritenuta non compatibile, attesa la natura strettamente collaborativa della partecipazione, con i principi di celerità e non di aggravamento del procedimento amministrativo, oggi espressamente sanciti dall'art 1 della citata legge¹⁸⁵) lo stesso non è avvenuto, e non poteva essere altrimenti, con riguardo ai procedimenti sanzionatori, ivi risultando prevalente la necessità di una difesa piena ed effettiva dell'incolpato che, vista

*relativi all'accertamento, nonché alla contestazione o notificazione della violazione». Attraverso la predetta interpretazione sistematica della norma non si incentiva infatti il fenomeno dei c.d. ricorsi al buio e non si consente una tutela già in sede procedimentale degli interessi della parte. Anche sotto tale profilo, per scongiurare tale insidia potrebbe valorizzarsi (*rectius*, dovrebbe essere valorizzato) da parte del giudice nomofilattico, il principio di matrice processulpenalistica secondo il quale i documenti sottratti alla conoscibilità delle parti ed in ordine ai quali le parti non sono state poste in grado di articolare le proprie difese, non possono essere utilizzati come prove dell'illecito dagli organi di vigilanza.*

¹⁸⁴ Per la giurisprudenza sul punto si rinvia a COLLA, MANZO, *op. ult. cit.*, 444.

¹⁸⁵ Secondo SCOGNAMIGLIO, *cit.*, 229, «*in mancanza di una disposizione di principio che ammette il contraddittorio orale, si potrebbe dubitare che la parte possa pretendere di essere ascoltata oralmente, al di fuori dei casi nei quali una norma specifica lo imponga, o addirittura che, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, l'amministrazione procedente possa liberamente disporre l'audizione delle parti e la trattazione orale. La tesi estensiva sembra però preferibile ed è giustificata dalla considerazione della diretta derivazione del diritto di esporre oralmente le proprie ragioni dai principi del contraddittorio e del diritto alla difesa e dal carattere sereno di questi principi, in quanto applicabili ad ogni provvedimento amministrativo. L'opinione per la quale il disposto dell'art. 10, l. n. 241/1990, e la facoltà ivi prevista di presentare memorie e documenti scritti, imprime al contraddittorio procedimentale un carattere essenzialmente documentale rischia in effetti di privare le parti dello strumento forse più efficace per u corretto esercizio del diritto di difesa». L'osservazione dev'essere condivisa purché venga riferita esclusivamente a quei pochi momenti "difensivi" che emergono all'interno del procedimento amministrativo delineato in generale, dalla legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990, secondo uno spirito "collaborativo". Si pensi, ad esempio, alla mancanza di un momento orale nell'ambito dei procedimenti ad istanza di parte nell'ipotesi disciplinata dall'art. 10 *bis* della citata legge.*

l'impostazione contenziosa del rapporto, passa necessariamente anche attraverso un contatto *de visu* con la p.a. precedente¹⁸⁶.

Procedendo con l'analisi della legge n. 689/1981, è previsto che una volta esaminato il rapporto e gli scritti difensivi, e, se richiesta, disposta l'audizione dell'interessato, l'autorità competente debba procedere alla valutazione della "fondatezza" dell'accertamento, non prima però di aver riscontrato la legittimità procedurale dell'*iter* svoltosi.

Prima ancora di entrare nel merito della valutazione, in punto di sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi dell'illecito, l'autorità competente deve infatti accertare che siano stati rispettati gli obblighi procedurali (si pensi, ad esempio, alla disciplina sulle notifiche ed ai termini per la contestazione) e le prerogative formali riconosciute in capo al "contravventore".

Relativamente a questo momento, prettamente valutativo, la legge nulla dice sulla possibilità di un'eventuale iniziativa istruttoria, integrativa e suppletiva, da parte dell'autorità decidente. Si ritiene però che «*l'autorità competente ad applicare la sanzione non ha solo poteri di valutazione degli elementi acquisiti dagli organi di vigilanza in sede di accertamento dell'infrazione, ma ha anche poteri di integrazione degli atti istruttori*»¹⁸⁷ purché, è doveroso aggiungere, gli stessi siano compiuti secondo un metodo dialettico.

Se infatti l'accertamento compiuto viene ritenuto formalmente legittimo e fondato, l'autorità, ai sensi dell'art. 18 cit., «*determina, con ordinanza motivata la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento*».

In questo ultimo caso il procedimento si conclude con il provvedimento finale denominato "ordinanza-ingiunzione", perché atto complesso¹⁸⁸ contenente sia l'ordinanza di applicazione della sanzione, sia l'ingiunzione al pagamento della stessa.

¹⁸⁶ CASSESE, *Il privato e il procedimento*, in *Archivio giuridico*, 1-2, 1970, 134, ricorda che Santi Romano, scrivendo nel 1908, ovvero in un'epoca in cui il procedimento disciplinare non era regolato per legge, affermava che tra le forme e le garanzie che devono necessariamente accompagnare e precedere l'ordinanza che infligge una sanzione disciplinare, vi debba essere necessariamente quella dell'audizione dell'interessato.

¹⁸⁷ COLLA, MANZO, *cit.*, 446; M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie, Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 221.

¹⁸⁸ TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 107; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie, cit.*, 222.

Anche in questo caso, è doveroso svolgere due concise osservazioni sulla estrema sinteticità, e quindi lacunosità, della lettera della norma.

In primo luogo, deve evidenziarsi che la legge, nell'imporre che l'ordinanza-ingiunzione sia motivata, nulla dice in ordine ai parametri motivazionali. La motivazione, quindi, dev'essere esaustiva, alla stregua dei parametri previsti dall'art. 3, comma 1, della legge n. 241/1990 (attraverso l'esposizione dell'*iter* logico seguito per giustificare l'*an* ed il *quantum* della sanzione), o succinta? E se del caso, è ammesso lo schema metodologico della motivazione *per relationem* previsto dall' art 3, comma 3, della legge n. 241/1990?

Sul punto ci si limita preliminarmente a far osservare che l'ordinanza-ingiunzione è l'unico momento rispetto al quale la legge n. 689/1981 impone, sul piano legislativo, l'obbligo di esternare i motivi dell'operato amministrativo. Sicché, stando alla lettera della legge, l'onere motivazionale affiorerebbe solo con riferimento al momento conclusivo del procedimento sanzionatorio e non anche, quindi, in sede di redazione del verbale di accertamento ed in quello di contestazione dell'illecito non essendo ivi espressamente previsto *ex lege*.

Per dare, invece, una risposta ai quesiti posti, deve rilevarsi che di ausilio a tal fine è essere ancora una volta il principio generale di democraticità dell'azione amministrativa, e quindi di legalità della stessa. Principio in base al quale all'amministrazione è consentito di agire solo mediante poteri (in tale ambito, sanzionatori) tipici (tipicità che attiene alla predefinizione dei casi che ne consentono l'intervento) e per mezzo di provvedimenti nominati (nominatività che attiene alla predeterminazione sia degli effetti da conseguire sia degli schemi utilizzabili). Con la conseguenza che essendo possibile solo attraverso la motivazione dell'ordinanza-ingiunzione un controllo da parte dell'interessato sull'operato degli organi di vigilanza in punto di tipicità e nominatività, se ne deduce che nella stessa dev'essere sufficientemente indicato l'oggetto del provvedimento sanzionatorio, costituito tanto dal fatto storico, e dal relativo accertamento compiuto, quanto dalla qualificazione giuridica allo stesso data, ossia la sua riconducibilità ad una fattispecie sanzionatoria astratta¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Sul profilo della riconducibilità *cfr.* Cass., sez. lav., 19 dicembre 2003, n. 19475; Cass., sez. I, 29 marzo 2006, n. 7123; Cass., sez. I, 23 giugno 1995, n. 7138.

In secondo luogo, la legge non prevede alcunché in merito al termine per l'emissione dell'ordinanza-ingiunzione, sicché viva è la questione, come si vedrà¹⁹⁰, sull'applicabilità o meno del termine di conclusione previsto dall'art. 2 della legge n. 241/1990, in aggiunta a quello di prescrizione - molto lungo - di cinque anni (decorrente dal giorno di consumazione dell'illecito) previsto dall'art. 28 cit., che concerne, più propriamente, il diritto alla riscossione delle somme dovute per la violazione commessa.

Ciò che è espressamente previsto, invece, è che una volta notificata l'ordinanza-ingiunzione, qualificata dalla legge come titolo esecutivo per la riscossione, inizia a decorrere il termine di 30 giorni (sessanta se l'interessato risiede all'estero) per effettuare il pagamento della sanzione.

Ed infine, che, in alternativa, gli interessati possono proporre contro l'ordinanza-ingiunzione di pagamento opposizione davanti al giudice entro il termine di 30 giorni. Opposizione che il giudice può, con sentenza, rigettare o accogliere, in quest'ultimo caso annullando, in tutto o anche in parte, l'ordinanza o modificandola anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta¹⁹¹.

Sul punto è interessante rilevare che una volta spiccato il ricorso in opposizione avverso la sanzione, l'onere di provare in giudizio la sussistenza dei fatti contestati ricade comunque in capo all'amministrazione opposta. L'art 23, ultimo comma, della legge n. 689/1981 introduce infatti il principio della c.d. inversione dell'onere della prova disponendo che *«il giudice accoglie l'opposizione quando non vi siano prove sufficienti della responsabilità dell'opponente»*¹⁹². Pertanto, il trasgressore-ricorrente in opposizione all'ordinanza ingiunzione può astrattamente difendersi in giudizio anche solo negando la sussistenza della violazione a lui

¹⁹⁰ Cfr. cap. III della sez. II.

¹⁹¹ La previsione di un potere di annullamento, anche parziale, o di modifica dell'ordinanza in capo al giudice apre l'interessante questione legata alla natura e, soprattutto, all'oggetto del processo di opposizione all'ordinanza-ingiunzione (la legittimità dell'accertamento o la fondatezza della pretesa e quindi del rapporto?), con particolare riguardo alla possibilità di un'integrazione in giudizio della motivazione dei provvedimenti sanzionatori.

¹⁹² Il meccanismo è analogo a quello previsto dal codice di procedura civile nel caso di opposizione al decreto ingiuntivo. Anche in tale ipotesi, infatti, la parte opponente assume formalmente la veste di attore ma sostanzialmente quella di convenuto, avendo l'onere di provare solo i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi della pretesa fatta valere dall'opposto, il quale, a sua volta, è formalmente convenuto ma sostanzialmente attore, su di lui ricadendo l'onere della prova dei fatti costitutivi della domanda.

contestata, attendendo “passivamente” che sia la controparte, e cioè l’amministrazione opposta, a provarne la sussistenza¹⁹³.

Procedendo oltre nella disamina dell’art. 18 della legge n. 689/81, il comma 2 prevede come unica alternativa possibile all’ordinanza-ingiunzione, l’archiviazione del procedimento qualora l’accertamento, oltre che valutato illegittimo e/o infondato, non sia altrimenti “sanabile” dall’amministrazione competente all’irrogazione della sanzione.

Anche con riguardo all’ordinanza di archiviazione la legge nulla dice in ordine al termine entro il quale la stessa deve essere adottata, disponendo esclusivamente che questa sia integralmente comunicata all’organo che ha redatto il rapporto. Comunicazione, quest’ultima, che realizza un coordinamento tra gli organi preposti alla vigilanza e le autorità competenti a ricevere il rapporto (che nell’ambito delle Direzioni provinciali del lavoro, amministrazioni periferiche del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale preposte alla vigilanza in materia di lavoro, è denominato “Ufficio legale e contenzioso”) e che risponde ad esigenze di controllo e di indirizzo per i futuri accertamenti¹⁹⁴.

Per quanto concerne, inoltre, l’impianto motivazionale dell’ordinanza di archiviazione, l’amministrazione dovrà esternare le ragioni che l’hanno condotta a non assumere la determinazione di irrogare la sanzione nonostante la contestazione degli addebiti.

In dottrina si ritiene che, non incidendo l’archiviazione sulla sfera giuridica del destinatario, l’obbligo di motivazione risulti attenuato e che la sua violazione non è, quindi, causa di illegittimità¹⁹⁵. L’affermazione è solo in parte aderente al sistema sanzionatorio complessivamente inteso, almeno con riguardo alla materia del diritto del lavoro. Se infatti l’archiviazione viene analizzata unicamente secondo la prospettiva dell’incolpato, *nulla questio*: non producendosi effetti lesivi sulla sua

¹⁹³ In tal senso DEL TORTO, *Accesso agli atti e motivazione del verbale ispettivo*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, n. 22, 2010, 15, reperibile sul sito internet www.dplmodena.it. L’osservazione, sebbene coerente al dato normativo, non è tuttavia condivisibile, ed anzi pericolosissima, se la si utilizzi quale unico motivo per giustificare l’omesso accoglimento, da parte dell’amministrazione procedente, dell’istanza di accesso agli atti dell’ispezione presentata dal trasgressore, in quanto così ragionando si incentiva il fenomeno dei ricorsi c.d. al buio - cioè delle domande giudiziali spiccate a prescindere da un ragionamento di convenienza in termini di giustizia (si pensi alle ipotesi di sanzioni pecuniarie di importo molto elevato) - che determinano, alla fine, soltanto la paralisi della risposta giudiziaria complessivamente intesa.

¹⁹⁴ COLLA, MANZO, *op. cit.*, 455.

¹⁹⁵ GIOVAGNOLI, FRATINI, *op. cit.*, 414.

sfera giuridica la motivazione può essere anche adottata secondo formule di stile perché tanto in tali ipotesi l'archiviazione è comunque inoppugnabile (non avendo l'incolpato interesse a ricorrere).

Diversamente, invece, se si amplia lo spettro dei soggetti potenzialmente coinvolti dall'archiviazione. Si ipotizzi, come spesso avviene, che il procedimento sanzionatorio abbia avuto origine a seguito di un atto di denuncia presentato da un soggetto "controinteressato": si pensi alla richiesta di intervento depositata presso l'Ufficio relazioni con il pubblico della Direzione provinciale competente da parte di un lavoratore dipendente che denunci l'esistenza di irregolarità contributive nel proprio rapporto di lavoro. Certamente in capo al lavoratore non può essere riconosciuto il mero interesse a che vengano applicate al proprio datore di lavoro delle sanzioni, e per questo difetterà in capo allo stesso l'interesse a ricorrere contro l'archiviazione - anche perché il giudizio di opposizione è modellato in modo tale da poter essere esperito unicamente contro il provvedimento applicativo della sanzione - ma allo stesso deve pur sempre riconoscersi l'interesse a sapere, attraverso un'adeguata motivazione, perché la denuncia *illo tempore* depositata è stata ritenuta infondata, sì da potersi regolare di conseguenza.

IV) La diversificazione della potestà pubblica in amministrativa in senso stretto e sanzionatoria: la distinzione, formale ma soprattutto sostanziale, tra sanzioni amministrative (c.d. “pure”) e “misure” amministrative riparatorie-ripristinatorie. L’autotutela diretta ed indiretta della funzione amministrativa.

Nel corso della trattazione si è più volte distinto tra potere amministrativo in senso stretto (o classico), proteso - in avanti - al raggiungimento del fine pubblico generale di volta in volta politicamente determinato attraverso forme “democratiche” di esercizio (previste, in via generale, dal modello procedimentale-tipo disciplinato dalla legge n. 241/1990, ispirato, come detto, al principio della massima partecipazione “collaborativa”, mezzo unico per la migliore comparazione possibile degli interessi coinvolti), e potere sanzionatorio, rivolto invece - indietro - esclusivamente ad irrogare (secondo lo schema procedurale delineato dalla legge n. 689/1981, nel cui ambito emergono di converso profili di difesa e di mero contraddittorio) una sanzione amministrativa a colui che ha trasgredito l’ordine legale.

Tuttavia, nell’ambito della categoria generale dei provvedimenti amministrativi “ad effetti sanzionatori” – *ex pluribus ad unum* ricondotti nell’ampissima definizione di «*misura svantaggiosa (negativa) prevista dall’ordinamento in risposta (reazione) alla consumazione di un illecito*»¹⁹⁶ - occorre però più propriamente distinguere tra sanzioni amministrative “punitive” (o “pure”) e misure amministrative *latu sensu* sanzionatorie (c.d. misure riparatorie-ripristinatorie).

Al di là del puro dato definitorio, la distinzione rileva sul piano dei riflessi normativi perché dalla natura “riparatoria-ripristinatoria” o meramente “punitiva” di una misura sanzionatoria discendono profonde conseguenze in punto di regime procedimentale (essendo applicabile - come si vedrà - solo con riferimento a quest’ultime, ed in particolare a quelle aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, la disciplina prevista dalla legge n. 689/81¹⁹⁷).

¹⁹⁶ Così M. A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988.

¹⁹⁷ L’art. 12 della legge n. 689/81 dispone infatti che «*le disposizioni di questo Capo*» - (artt. da 1 a 43) - «*si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro*».

In linea generale alcuna criticità nell'indagine sulla natura esclusivamente punitiva si pone con riguardo alle sanzioni pecuniarie, essendo in questo caso risolutivo il criterio meramente formale del contenuto della misura adottata dall'amministrazione precedente. L'obbligazione del pagamento di una somma di denaro incide, infatti, sulla sfera giuridica del trasgressore unicamente in senso negativo, senza avere cioè alcun (altro) fine di sollevare il soggetto leso dallo svantaggio derivatogli dal comportamento illecito o di ripristinare l'ordine violato.

La questione emerge in tutta la sua importanza, invece, quante volte la legge attribuisca all'amministrazione un potere di intervento diverso da quello immediatamente e direttamente incidente sul patrimonio del privato¹⁹⁸.

Ed è per questo che l'attenzione è stata rivolta, piuttosto che al solo contenuto, alla finalità che la legge intende perseguire nel momento in cui accorda alla pubblica amministrazione una determinata forza di azione, *id est* al carattere della relazione che la legge ha inteso instaurare tra la misura prevista ed il tipo di interesse che attraverso quella stessa misura ha scelto di tutelare (a seconda del caso general-preventivo o specifico).

E così in dottrina si distinguono, da un lato, le sanzioni "pure" (o punitive), che reagiscono ad un illecito attraverso la mera repressione della trasgressione, dall'altro, *«tutte quelle misure le quali, pur consistendo - come queste - nell'inflizione di un male, in risposta alla contravvenzione ad un precetto giuridico, diverso dalla mera attuazione di quel precetto stesso (eppure vengono come tali ricomprese in un concetto lato di sanzione), se ne differenziano poi profondamente sotto il profilo teleologico, in quanto assolvono piuttosto ad una funzione più direttamente ed immediatamente riparatoria dell'interesse violato (e tra queste in prima linea si pone la c.d. sanzione civile del risarcimento del danno) o ripristinatoria dello stato di fatto e di diritto preesistente all'illecito (e tra queste, in primis, la reductio in pristinum)»*¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Si pensi, a titolo di esempio, al problema dell'individuazione del regime procedurale applicabile al provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale - di cui oltre al cap. I della sez. I - rispetto a quello, espressamente disciplinato invece, della confisca amministrativa, sanzione amministrativa accessoria la cui disciplina è invece direttamente contenuta nella legge n.689/1981.

¹⁹⁹ Così M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, Napoli, 1981, 27.

L'inidoneità del criterio contenutistico - meramente formale - ad abbracciare tutte le ipotesi provvedimentali meramente punitive ha dato adito, quindi, alla necessità di ricorrere ad un metodo di indagine di tipo sostanziale e teleologico, ad un crinale cioè che abbia riguardo al momento finalistico ultimo.

Le tipologie di relazioni con il potere pubblico originate da un'infrazione possono, infatti, essere diverse a seconda dei caratteri della funzione amministrativa prevista e, quindi, in ultima analisi, della natura del potere spiegabile dall'amministrazione, che astrattamente può essere rivolto, in alcuni casi, a punire esclusivamente una condotta illecita e, in altri casi, a ripristinare o a conservare gli interessi sostanziali devoluti all'amministrazione²⁰⁰, prescindendo anche, se del caso, da ogni qualificazione in termini di illiceità della condotta tenuta dal soggetto²⁰¹.

A seconda dell'architettura normativa vigente - e, quindi, del momento storico - la relazione con un determinato interesse sostanziale può cioè essere immediata o mediata²⁰².

Mutuando la famosa distinzione dottrinarica di Feliciano Benvenuti, può dirsi che la funzione amministrativa può essere oggetto di (auto)tutela diretta o indiretta²⁰³.

In particolare, il richiamato autore distingueva, da un lato, le c.d. «*decisioni preventive e successive*», «*intese a soddisfare, sia pure in maggiore o minore misura, l'interesse dell'amministrazione all'attuazione dei precetti e quindi quella stessa pretesa che avrebbe dovuto essere soddisfatta dal comportamento dell'interessato*», e, dall'altro, «*un'altra categoria di decisioni*» che, pur incidendo

²⁰⁰ Ipotesi classica di misura ripristinatoria è rappresentata dalla demolizione di opere edilizie abusive.

²⁰¹ PALIERO, TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, cit., 350. A titolo esemplificativo, si pensi, ancora una volta, alla disciplina del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale esercitata in violazione della disciplina in materia di lavoro, la quale prevede, quale presupposto per l'immediata adozione della misura già in sede di accesso ispettivo, che in tale frangente siano state rilevate da parte degli ispettori del lavoro delle violazioni in tema di assunzione dei lavoratori rinvenuti intenti al lavoro (c.d. lavoratori in nero). Ebbene, tali violazioni - che se immediatamente regolarizzate dal punto di vista lavoristico importano esclusivamente la revoca immediata della misura sospensiva ed il nulla-osta al ripristino dell'esercizio dell'attività imprenditoriale - saranno qualificate come veri propri illeciti amministrativi (con conseguente applicazione anche delle sanzioni amministrative pecuniarie previste) solo se nel prosieguo dell'ordinario *iter* accertativo-ispettivo previsto dalle leggi n.n. 689/81 e 124/2004 saranno ritenute fondate.

²⁰² Non sono rare infatti le ipotesi in cui un interesse specifico sostanziale sia stato dapprima tutelato in modo indiretto e poi direttamente dalla normativa di settore.

²⁰³ BENVENUTI, voce *Autotutela (dir.amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 537.

sui rapporti «non soddisfano, come loro risultato immediato, la pretesa dell'amministrazione, ma sono invece soltanto ordinate a spingere il cittadino sulla via dell'osservanza dei suoi obblighi. Decisioni» quest'ultime «che, di conseguenza, realizzano i fini dell'autotutela in via del tutto mediata e sono date da quelle misure che assumono il nome di sanzioni amministrative».

Sviluppando il ragionamento, altra dottrina ha aggiunto, in modo ancora più esplicito, che «l'impronta distintiva propria della sanzione è data dalla funzione primariamente e fondamentalmente afflittiva (ricollegata alla riprovazione sociale e correlativamente all'esigenza di dissuasione dal comportamento illecito) che essa istituzionalmente assolve [...]. In altre parole, fine immediato della sanzione è quello di colpire (punire) l'autore della trasgressione, operando nel contempo su di lui un'azione preventiva di dissuasione dal comportamento vietato. Essa è volta, cioè, essenzialmente a produrre un effetto dannoso per il responsabile che esula dalla soddisfazione diretta (inteso quest'ultimo aggettivo in senso finalistico e non contenutistico) dell'interesse (del soggetto pubblico o privato) specificatamente pregiudicato. L'interesse che viene preso in considerazione dalle norme sanzionatorie è invece piuttosto quello - pubblico - al rispetto dell'ordine giuridico [...]. Si ha sanzione in senso stretto, cioè, tutte le volte in cui l'ordinamento, di fronte ad un atto antigiuridico, considerata la turbativa che esso arreca all'interesse pubblico generale, reputa per ciò stesso (imprescindibilmente) necessario comminare una conseguenza dannosa (un male) a carico di chi ne è responsabile, prescindendo in siffata previsione dalla considerazione della eventuale, secondaria soddisfazione, che possa in qualche caso indirettamente derivarne al portatore dall'interesse specifico leso (caratteristiche di tale specie di fenomeni, in primis, le sanzioni pecuniarie). Nella norma strictu sensu sanzionatoria, l'interesse leso viene - se mai - preso in considerazione solo in via mediata, fine primario e diretto della norma essendo piuttosto quello di agire sul trasgressore[...]. E' questo precipuo carattere a tracciare in termini abbastanza sufficientemente definiti la linea di confine ideale tra le misure che vogliamo qualificare "sanzioni" in senso proprio e quelle che diversamente - pur risolvendosi, come si è detto, anch'esse in molti casi nella comminatoria di un male per l'autore (o per il responsabile) dell'illecito (e svolgendo in tal modo una funzione preventiva di dissuasione per molti aspetti

analoga a quelle delle prime), hanno piuttosto come fine primario ed immediato la reintegrazione (soddisfazione) diretta o indiretta dell'interesse specifico leso (si può dire anzi, in un certo senso, che spesso in diritto amministrativo le "sanzioni" inizino proprio laddove non sia possibile agire attraverso lo strumento della reintegrazione)»²⁰⁴.

La violazione di un precetto può rilevare, quindi, in modo autonomo, venendo a costituire l'unico presupposto per l'esercizio del potere sanzionatorio, ma può valere anche in modo più profondo, rappresentando il criterio per determinare l'inidoneità in concreto di un soggetto ad essere parte di un determinato rapporto con l'amministrazione oppure a svolgere una determinata attività che coinvolga interessi pubblici. In quest'ultimo caso essa costituisce un mero antecedente di fatto dell'esercizio del potere pubblico (un indice rivelatore che impone un intervento pubblico), avendo creato una situazione non conforme al diritto a cui l'amministrazione è tenuta a porre un rimedio diretto²⁰⁵.

Secondo tale condivisibile e maggioritario approccio dottrinario – risalente, a ben vedere, agli studi di Zanobini²⁰⁶, per il quale era necessario che la nozione di sanzione amministrativa venisse fondata tenendo conto della specificità di questa misura rispetto alle altre forme di reazione adottabili dalla pubblica amministrazione nel caso di violazione di un precetto - una misura amministrativa si qualifica come sanzione amministrativa "pura" (o "punitiva") solo quando sia, nell'ultima essenza, puramente e semplicemente «una pena in senso tecnico» perché non assimilabile ad altri strumenti principalmente diretti alla conservazione degli interessi sostanziali lesi dall'infrazione.

A riprova del carattere "punitivo" della sanzione amministrativa in senso stretto (o "pura") si consideri che l'obiettivo finale cui essa è rivolta è costituito unicamente dalla volontà di punire il responsabile dell'illecito inteso nella sua specifica identità fisica. Tant'è che, nel concreto, la prima operazione che viene compiuta qualora sia stata accertata la commissione di un violazione amministrativa in un periodo antecedente a quello di riscontro, è costituita dalla individuazione delle generalità del rappresentante legale, il che, in via prioritariamente logica,

²⁰⁴ M.A.SANDULLI, *op.ult.cit.*, 28.

²⁰⁵ PALIERO, TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, vol. XLI, Milano, 1988, 350.

²⁰⁶ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 2.

presuppone che sia stato già definito il momento consumativo della stessa perché può essere qualificato come responsabile solo colui che era titolare dei poteri gestionali rispetto a tale momento (senza che abbia rilevanza, quindi, se nel frattempo sia mutato, ad esempio, il rappresentante legale titolare del rapporto con la pubblica amministrazione²⁰⁷).

Il trasgressore è toccato, in sostanza, dall'irrogazione di una misura che, proprio per questo suo carattere personalissimo, non mira alla soddisfazione diretta dell'interesse pregiudicato dal suo comportamento illegale bensì alla riprovazione giuridica dell'illecito ed alla dissuasione dalla consumazione di ulteriori violazioni, in un'ottica finalistica di tutela dell'ordine pubblico generale.

Di converso, nelle misure "ripristinatorie-riparatorie" l'attenzione non ricade, ma addirittura prescinde dall'individuazione del singolo soggetto responsabile, perché si appunta solo ed esclusivamente sull'atto o sull'attività che materialmente è stata svolta *contra legem*. E ciò perché solo intervenendo direttamente su di essa si tutela in via immediata l'interesse sostanziale, settoriale e specifico, sotteso alla previsione della misura, la cui finalità ultima risiede nel reindirizzare tale attività nei canali predefiniti dalla legge.

La concezione "punitiva" della sanzione amministrativa "pura" trova un addentellato normativo nel testo della legge n. 689/1981 che, al capo I, individua una serie di principi (artt. da 1 ad 11) chiaramente calibrati sul concetto di equivalenza tra "sanzione amministrativa" e "pena" e nel fatto (cfr. art. 12²⁰⁸) che il prototipo di sanzione amministrativa ivi disciplinato è quello dalla "pena pecuniaria".

In chiusura si intende nuovamente evidenziare che la distinzione teleologica, così sinteticamente riportata, tra sanzioni amministrative punitive e misure amministrative ripristinatorie assume rilevanza, come si vedrà oltre²⁰⁹, soprattutto con riguardo a quegli "atti" adottati dall'amministrazione rispetto ai quali, non

²⁰⁷ Nel concreto, infatti, ai fini della individuazione del trasgressore e, quindi, del responsabile legalmente tenuto al pagamento della sanzione pecuniaria, occorre avere riguardo a chi rivestiva la qualifica di titolare del rapporto al momento della consumazione dell'illecito, senza che eventuali cambiamenti al riguardo – si pensi all'avvicinarsi di rappresentanti legali nell'ambito delle compagne societarie - incidano sul destinatario del provvedimento.

²⁰⁸ Ove è previsto che «le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari».

²⁰⁹ Cfr. cap. I, sez. II.

essendovi *ex ante* alcuna indicazione né, tantomeno, un'espressa qualificazione normativa, la riconduzione *ex post* nell'ambito dell'una o dell'altra categoria incide, come detto, sul profilo della disciplina procedimentale applicabile (nello specifico, quelle dettate dalla legge n. 241/90 o piuttosto quelle di cui alla legge n. 689/81?) e, conseguentemente, sulle prerogative riconosciute *in itinere* alle parti interessate²¹⁰.

²¹⁰ Nello specifico il problema si è posto - e sarà analizzato *funditus* nel cap. I della sez. II - con riferimento alla individuazione della natura e del regime procedimentale applicabile al provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale esercitata dai datori di lavoro in violazione delle leggi in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, i cui effetti sono teleologicamente riconducibili a scopi allo stesso tempo sanzionatori, ripristinatori, e, infine, cautelari.

CAPITOLO II

Il contraddittorio come dovere di leale cooperazione.

Le ispezione sui luoghi di lavoro.

1) La disciplina di poteri ispettivi in materia di lavoro.

Si è visto sin qui che nell'ambito dei procedimenti sanzionatori il contraddittorio, se analizzato secondo l'angolo di visuale di colui al quale viene mosso un addebito, si attegga essenzialmente ad *iter* previsto per l'esercizio del diritto difesa avverso l'esercizio di poteri pubblici.

E' giunto ora il momento per aggiungere che abbracciando la contrapposta prospettiva della pubblica amministrazione il c.d. contraddittorio si colora - in particolare a carico del soggetto sottoposto all'accertamento ma non solo - anche come vero e proprio "dovere" di leale cooperazione all'attività della pubblica amministrazione.

Per comprendere appieno la portata di tale ultima affermazione è necessario, invero, premettere un'analisi, estremamente sintetica, sui poteri degli organi di vigilanza.

In particolare, dovendo circoscrivere il campo di analisi a quelli riconosciuti dalla legge in capo al Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale, deve innanzitutto premettersi che in tale ambito la vigilanza è regolamentata con l'obiettivo di evitare, da un lato, comportamenti contrari alle regole dettate in materia di rapporti di lavoro (soprattutto con riguardo alla sicurezza dei luoghi di lavoro) , dall'altro, a combattere il fenomeno dell'evasione e dell'elusione contributiva.

La vigilanza si attua, infatti, attraverso il controllo sulla puntuale osservanza delle disposizioni in materia di diritto del lavoro e della previdenza sociale, da cui consegue la tutela previdenziale ed assistenziale dei lavoratori, dipendenti ed autonomi, e la ripartizione perequativa degli oneri contributivi tra i datori di lavoro.

Con riguardo ai riferimenti normativi, occorre *in primis* avere citare le disposizioni contenute nell'art. 6 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124, a

tenore del quale *«le funzioni di vigilanza in materia di lavoro e di legislazione sociale sono svolte dal personale ispettivo in forza presso le Direzioni regionali e Provinciali del lavoro»*, articolazioni periferiche del Ministero del Lavoro. *«Il personale ispettivo, nei limiti del servizio cui e' destinato e secondo le attribuzioni conferite dalla normativa vigente, opera anche in qualità di ufficiale di Polizia giudiziaria»*, con conseguente applicazione dello statuto, sia civile che penale, proprio dei pubblici ufficiali.

In verità, le funzioni ispettive in materia di previdenza ed assistenza sociale sono svolte anche dal personale di vigilanza dell'INPS, dell'INAIL, dell'ENPALS e degli altri enti per i quali sussiste la contribuzione obbligatoria, senonché *«a tale personale, nell'esercizio delle funzioni, non compete la qualifica di ufficiale o di agente di Polizia giudiziaria»*.

L'articolo 7 cit. definisce, inoltre, le prerogative del personale di vigilanza, stabilendo che il personale ispettivo ha, principalmente, il compito: di vigilare sull'esecuzione di tutte le leggi in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali; di tutelare i rapporti di lavoro ovunque sia prestata attività di lavoro, a prescindere dallo schema contrattuale, tipico o atipico, di volta in volta utilizzato; nonché, infine, di controllare la corretta applicazione dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro.

Tuttavia, non avendo il citato decreto legislativo ridisegnato in modo organico e strutturale le prerogative degli organi di vigilanza del Ministero del Lavoro, l'assetto complessivo dei poteri in concreto attribuiti a tal fine ai funzionari ministeriali rimane quello di cui al D.P.R. n. 520 del 1955 ed alle disposizioni normative di cui all'art. 4, della legge n. 628/1961, ed all'art. 3, della legge n. 638/1983.

E' infatti unicamente in base alle previsioni di cui D.P.R. richiamato che - per lo svolgimento in concreto dei compiti di vigilanza in materia di lavoro, di legislazione sociale, e di previdenza e assistenza obbligatoria - si fonda ancora oggi il potere degli ispettori ministeriali di accedere nei luoghi di lavoro, di effettuare accertamenti e, infine, di contestare eventuali violazioni amministrative.

Nel dettaglio, agli addetti alla vigilanza presso gli ispettorati del lavoro sono conferiti i poteri, da un lato, di accesso a tutti i locali delle aziende, agli stabilimenti,

ai laboratori, ai cantieri ed altri luoghi di lavoro, al fine di esaminare i libri obbligatori, i documenti equipollenti ed ogni altra documentazione compresa quella contabile, che abbia diretta o indiretta pertinenza con l'assolvimento degli obblighi contributivi e l'erogazione delle prestazioni; dall'altro, di assumere dai datori di lavoro, dai lavoratori, dalle rispettive rappresentanze sindacali e dagli istituti di patronato, dichiarazioni e notizie attinenti alla sussistenza dei rapporti di lavoro, alle retribuzioni, agli adempimenti contributivi e assicurativi e all' erogazione delle prestazioni.

Ciò premesso, entrando più propriamente nel merito della questione attinente ai doveri di cooperazione con l'attività di vigilanza ispettiva, deve rilevarsi che l'art. 4 della legge n. 628 del 1961 attribuisce agli ispettori del lavoro il potere di chiedere a chiunque di fornire notizie afferenti ai rapporti di lavoro, comminando allo stesso tempo una sanzione, di natura penale, qualora il soggetto richiesto non ottemperi affatto a tale richiesta o la ottemperi fornendo scientemente dati e notizie errate.

Allo stesso tempo, però, parimenti vigente è la disposizione di cui al comma 3 dell' art. 3 della legge n. 638/1983 , ove è stabilito che nei confronti dei «*datori di lavoro e dei loro rappresentanti*» che «*impediscono l'esercizio dei poteri di vigilanza*» da parte dei funzionari dell'ispettorato del lavoro, è irrogata una sanzione pecuniaria avente – di contro - natura amministrativa.

In base all'architettura normativa strutturata dalle ultime due disposizioni analizzate – non esente, ad onor del vero, da censure di tipo sistematico – l'impedimento all'attività di vigilanza può realizzarsi quindi in due diverse ipotesi, l'una sanzionata penalmente e l'altra in via amministrativa.

Nel ridisegnare i districati rapporti tra le due normative, la Suprema Corte di Cassazione ha al riguardo più volte stabilito che la previsione sanzionatoria amministrativa ha, dal punto di vista oggettivo, un ambito più vasto, perché sanziona unicamente l'impedimento “generico” all'esercizio dei poteri del personale ispettivo ricollegabili al D.P.R. n. 520/1955 - ossia di accesso al luogo di lavoro e di visione della documentazione – mentre il reato di cui all'art. 4 della legge n. 628/1961 riguarda solo l'inadempimento a “*specifiche richieste*” di fornire notizie o il fatto di fornirle scientemente errate od incomplete²¹¹.

²¹¹ Cfr. Cass., sez. lav., n. 10356/1997; Cass. pen., Sez III, 26974/2001.

Tuttavia, allo stesso tempo la Corte di Cassazione ha osservato che se si analizza il rapporto tra le due norme dal diverso punto di vista soggettivo, è la fattispecie penale ad avere un campo di applicazione più esteso perché si rivolge, come destinatario del precetto, a chiunque (*rectius*, “*coloro che legalmente richiesti*”), mentre l’illecito amministrativo si configura solo con riferimento ai datori di lavoro ed ai loro rappresentanti (come è ovvio che sia, avendo solo questi ultimi la possibilità di contrapporsi all’accesso ispettivo in azienda).

Rinviando ad altre sedi per gli approfondimenti²¹², quel che interessa far rilevare al momento è che attraverso il richiamo alle citate norme si è approdati ad un primo punto fermo: nella materia del diritto del lavoro è prevista a carico, in primo luogo, del datore di lavoro, e, in secondo luogo, a tutti coloro che a vario titolo possono cooperare all’attività di vigilanza, un dovere di “dialogo” con la funzione ispettiva.

In sostanza, il datore di lavoro - ossia colui che, legalmente rappresentando e gestendo l’impresa, sarà il destinatario primo delle sanzioni amministrative che eventualmente saranno irrogate, *ex lege* n. 689/1981, nell’ipotesi in cui venga accertato a suo carico il compimento di un illecito amministrativo in materia di lavoro - riveste nell’ambito dei procedimenti ispettivi una duplice veste, essendo nel contempo titolare del diritto a contraddire alle risultanze ispettive ed obbligato a collaborare affinché l’ispezione si svolga secondo il naturale corso previsto dalla legge.

²¹² Per la quale si rimanda a PAPA, *Le ispezioni del lavoro in azienda*, Milano, 2006.

II) Il procedimento ispettivo: dall' accesso ispettivo alla irrogazione delle sanzioni amministrative.

Esposti i compiti demandati ed i poteri conseguentemente riconosciuti a tal fine in capo agli ispettori del lavoro, può procedersi all'analisi, seppur sommaria, delle modalità concrete di svolgimento dell'ispezione sui luoghi di lavoro.

Le coordinate normative di riferimento sull'*iter* procedurale dell'ispezione sono principalmente contenute - oltre che nella citata legge generale n. 689/81 - nella recente legge 4 novembre 2010, n. 183, e nel c.d. Codice di comportamento degli ispettori del lavoro.

Trattasi di provvedimenti a mezzo dei quale è stata proceduralizzata, nel dettaglio, l'attività di vigilanza in materia di lavoro.

Relativamente alla fase dell'accertamento in materia di lavoro, occorre dire che l'ispezione può essere originata sia per "iniziativa dell'ufficio" - secondo un programma di vigilanza che riguarda determinati settori economici o che è legato a specifiche esigenze contingenti - sia a seguito di una dettagliata "richiesta di intervento", che può provenire da soggetti privati, da organizzazioni sindacali, da altre amministrazioni pubbliche o, infine, dalla Procura della Repubblica.

Generalmente, l'indagine ispettiva è preceduta da una fase preparatoria, diretta a raccogliere tutte le informazioni e la documentazione inerenti al soggetto da sottoporre a verifica²¹³.

Prima di ogni intervento è necessario valutare, infatti, le modalità dello stesso e le motivazioni che lo hanno determinato, nonché conoscere il tipo di attività svolta dal soggetto ispezionato ed il conseguente del contratto collettivo nazionale applicabile. E' fondamentale, inoltre, avere contezza anche del c.d. comportamento contributivo dell'azienda - acquisendo, in tal senso, ogni informazione inerente alla regolarità della posizione contributiva (verso l'INPS) ed assicurativa (nei riguardi dell'INAIL) - nonché dell'esistenza di eventuali procedure di riscossione coattiva in corso. Indispensabile è, infine, preliminarmente verificare l'esistenza di precedenti accertamenti ispettivi e di eventuali provvedimenti adottati.

²¹³ Si pensi, ad esempio, alla acquisizione, attraverso una visura camerale, delle informazioni generali, oggettive e soggettive, inerenti l'attività da verificare.

Una volta acquisite tutte le notizie “pregiudiziali” sul soggetto da sottoporre a verifica, l’ispettore del lavoro - da solo o congiuntamente a funzionari degli Enti previdenziali e assicurativi - effettua l’accesso ispettivo in azienda esibendo all’entrata l’apposita tessera di riconoscimento fornita dal Ministero del Lavoro.

Attraverso l’adempimento dell’obbligo di qualificarsi al soggetto sottoposto, l’ispezionato viene reso edotto, infatti, della qualifica esercitata dall’organo ispettivo e dei poteri a quest’ultimo riconosciuti dalla legge.

Una volta entrato in azienda, la verifica ispettiva comporta, di norma, l’identificazione dei lavoratori rinvenuti, la verbalizzazione delle relative dichiarazioni, l’esame della documentazione di lavoro che per legge deve essere presente *in loco* e la redazione, quindi, del c.d. verbale di primo accesso ispettivo, nel quale si dà atto dell’attività espletata e delle relative risultanze, fornendo altresì indicazioni sul prosieguo degli accertamenti. Copia del presente verbale, quindi, viene consegnata al datore di lavoro o ad un suo incaricato.

Nel concreto, una volta entrato all’interno dell’azienda, il funzionario provvede innanzitutto a prendere conoscenza visiva delle persone che in quel momento ha rinvenuto “intente al lavoro” e, quindi, procede ad assumere le dichiarazioni che il datore di lavoro ed i lavoratori intendono liberamente rilasciare, riscontrandole con la documentazione che per legge deve essere ivi tenuta.

Con specifico riferimento al primo dei soggetti indicati, il funzionario procedente deve sempre avere l’accortezza di conferire, purché ciò sia compatibile con la finalità dell’accesso ispettivo, con il datore di lavoro (o con un suo rappresentante), informandolo al contempo dei poteri che per legge sono attribuiti agli ispettori del lavoro e delle conseguenze derivanti da comportamenti - omissivi o commissivi - diretti ad impedire l’esercizio dell’attività di vigilanza.

Nell’eventualità poi che il datore di lavoro intenda rilasciare dichiarazioni, queste devono essere formalmente raccolte nel verbale di primo accesso. Tuttavia, è doveroso sottolineare al riguardo che la legge non prevede un preciso obbligo in capo al datore di lavoro di conferire oralmente con il personale ispettivo, giusto il principio secondo il quale “*nemo tenetur se detegere*”, salvo però che tale comportamento non integri gli estremi dell’impedimento all’esercizio dell’attività ispettiva o il rifiuto di fornire le “notizie specifiche” legalmente richieste.

Oltre che con il datore di lavoro, l'organo ispettivo conferisce soprattutto con lavoratori rinvenuti a lavorare, assumendo da questi le informazioni sui rapporti di lavoro scoperti *in itinere*. Queste ultime hanno infatti un'importanza strategica perché è soprattutto attraverso il contenuto delle dichiarazioni rese dai lavoratori agli organi di vigilanza che l'ispezione si indirizza con riguardo a determinati ambiti piuttosto che altri.

In particolare, l'ispettore avrà cura di acquisire da ciascun lavoratore le indicazioni relative alla data di inizio del rapporto lavorativo (*rectius*, della prestazione lavorativa), alla mansione da questi concretamente svolta, all'orario di lavoro prestato, al tipo di contratto individuale stipulato - qualora non si tratti ovviamente di lavoratori c.d. in nero²¹⁴ - nonché, infine, tutte le notizie concernenti il regolare pagamento o meno della retribuzione e dei contributi previdenziali.

L'accesso ispettivo deve concludersi in tempi ragionevoli, tenuto conto però della complessità dell'indagine e delle dimensioni aziendali del soggetto sottoposto al controllo.

Qualora l'accertamento si riveli complesso e necessiti quindi di un tempo più lungo²¹⁵ - rispetto, ad esempio, al mero ingresso ispettivo in azienda ed alla visione dei documenti che per legge devono ivi essere tenuti - l'organo accertatore rilascia al soggetto ispezionato, attraverso lo stesso verbale di primo accesso o attraverso un verbale c.d. interlocutorio, le indicazioni necessarie per l'ulteriore corso, il più delle volte costituite dalla richiesta di esibizione della ulteriore documentazione che, in relazione al singolo caso, risulti eventualmente necessaria.

Di norma, l'esame della documentazione avviene presso la sede del soggetto ispezionato. Tuttavia, non è raro che, in relazione al tipo di accertamento, non sia sufficiente visionare solo quella che per legge deve essere tenuta presso il luogo di lavoro. In tal caso, ove risulti funzionale all'esigenze dell'accertamento, l'esame dell'altra documentazione può avvenire o direttamente presso gli studi dei professionisti abilitati (ad esempio, il consulente del lavoro di cui si avvale

²¹⁴ Si definiscono "in nero" (*rectius*, «*sconosciuti alla pubblica amministrazione*») i lavoratori che vengono assunti dal datore di lavoro senza che venga inoltrata - entro il giorno prima della data prevista nel contratto di lavoro per l'inizio dello svolgimento dell'attività lavorativa - la comunicazione telematica di assunzione al Centro per l'impiego.

²¹⁵ Sulla nozione di tempo dell'accertamento si rinvia all'ultimo capitolo della sez. II.

l'azienda), oppure presso lo stesso ufficio di appartenenza del personale ispettivo precedente, secondo le disposizioni eventualmente impartite dallo stesso.

In sostanza, la recente legge n. 183 del 2010 ed il Codice di comportamento degli ispettori del lavoro il Ministero hanno dato contenuto alle previsioni generali - già analiticamente esaminate in precedenza - dettate dall'art. 13 della legge n. 689/81 con riguardo a tutti i procedimenti sanzionatori.

Attraverso il combinato disposto dei testi citati normativi, il funzionario è posto così nelle condizioni di acquisire tutti gli elementi probatori utili al riscontro oggettivo dei fatti acclarati in sede di accesso ispettivo.

Solo all'esito dell'accertamento il personale ispettivo adotterà, quindi, il verbale "conclusivo" attraverso il quale, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689/1981, provvederà a contestare al datore di lavoro le violazioni eventualmente riscontrate, indicando l'importo delle relative sanzioni (in forma sia piena che ridotta, così da consentire al trasgressore di avvalersi della facoltà conciliativa).

Nel verbale di contestazione devono essere riportati tutti gli elementi di fatto, i documenti acquisiti e gli addebiti formulati, nonché l'indicazione di quanto altro sia necessario a motivare l'adozione dei provvedimenti adottati

La motivazione del verbale deve essere infatti sufficientemente esplicita, in punto di fatto e di diritto, con riguardo agli illeciti accertati, anche se non si esclude la possibilità della c.d. motivazione *per relationem* a quanto contenuto nei precedenti verbali (di primo accesso ed interlocutorio), purché questi ultimi siano espressamente indicati ed individuati.

Il verbale conclusivo deve inoltre contenere l'espressa indicazione della possibilità per il trasgressore di potersi avvalere dell'istituto "conciliativo" del pagamento in misura ridotta (entro il termine di 60 giorni) previsto dall'art. 16 della legge n. 689/1981, ovvero, in alternativa, di poter presentare, all'autorità cui compete l'adozione dell'ordinanza-ingiunzione, scritti difensivi, documenti e richiesta di audizione (entro il termine di 30 giorni).

A questo punto, a seconda della scelta operata dal datore di lavoro, il procedimento ispettivo proseguirà secondo le modalità procedurali previste dalla legge n. 689/1981: nel primo caso, l'estinzione conciliativa dell'illecito e del

procedimento sanzionatorio; nel secondo, l'adozione da parte dell'Ufficio dell'ordinanza di archiviazione o di ingiunzione.

L'unica variante degna di nota rispetto all'*iter* generale previsto dalla legge n. 689/1981, è la possibilità per il datore di lavoro di opporsi all'ordinanza-ingiunzione in via amministrativa, prima ancora che in sede giurisdizionale, attraverso lo strumento del ricorso gerarchico improprio.

Gli articoli 16 e 17 del citato decreto legislativo n. 124 del 2004 prevedono infatti che i destinatari di sanzioni amministrative in materia di lavoro possono ricorrere: a) nei confronti dell'ordinanza-ingiunzione, al Direttore della Direzione regionale del lavoro, salvo che si intenda contestare la sussistenza o la qualificazione del rapporto di lavoro acclarato (art. 16); b) al Comitato regionale per i rapporti di lavoro, avverso le ordinanze delle Direzioni provinciali del lavoro che abbiano ad oggetto la sussistenza o la qualificazione dei rapporti di lavoro.

SEZIONE II
LE FORME PARTECIPATIVE NEI PROCEDIMENTI ISPETTIVI
SUI LUOGHI DI LAVORO

Introduzione

Dopo aver accertato che il principio del giusto procedimento amministrativo ha ormai assunto il rango di principio costituzionale dell'ordinamento giuridico, e dopo aver comparato le garanzie partecipative previste dalle leggi nn. 241/1990 e 689/1981, attraverso la presente sezione II si affronterà – frontalmente - il tema delle interferenze normative tra le due discipline legislative.

In particolare, si svilupperà uno studio sull'ammissibilità di una applicazione analogica di talune delle regole procedurali previste dalla legge n. 241/1990 all'iter di irrogazione delle sanzioni amministrative in materia di ispezioni sui luoghi di lavoro.

Come già anticipato, tre sono gli ambiti di esame selezionati.

In primo luogo, l'ammissibilità, nell'ambito dei procedimenti sanzionatori, di una conoscenza preventiva dell'avvio del procedimento ispettivo da parte del datore di lavoro: come ipotesi casistica si è scelto il c.d. (sub)procedimento che porta all'adozione del provvedimento di sospensione delle attività imprenditoriali svolte contra ius laboris disciplinato dall'art 14 del D.lgs. n. 81 del 2008, recante « Testo unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro».

In secondo luogo, la necessità, o meno, che venga sempre riconosciuto come prevalente il diritto del datore di lavoro di accedere agli atti ispettivi - in particolare alle dichiarazioni rese agli organi di vigilanza da parte dei lavoratori dipendenti - rispetto alla riservatezza delle informazioni da quest'ultimi rilasciate.

In terzo ed ultimo luogo, l'esistenza o meno di un diritto a non essere coinvolto ad infinitum nel procedimento ispettivo in materia di lavoro e previdenza sociale. Attraverso tale ultima fattispecie, si analizzerà, in sostanza, la questione dell'attuabilità di un'estensione analogica (c.d. analogia iuris) del termine di conclusione previsto all'art. 2 della legge n. 241/1990 all'iter che porta all'adozione del provvedimento amministrativo "punitivo" (c.d. ordinanza-ingiunzione), tenuto conto che nessun termine di natura decadenziale è previsto con riferimento alla fase, ultima del procedimento sanzionatorio, che porta all'irrogazione della predetta sanzione amministrativa.

CAPITOLO I

Il contraddittorio dei datori di lavoro in sede di adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale contra legem

1) La comunicazione di avvio del procedimento: le fattispecie escluse e l'art. 21 octies, comma secondo, della legge n. 241/90. Cenni.

L'art. 7, comma 1, della legge n. 241/90 dispone che «1. Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento. 2. Nelle ipotesi di cui al comma 1 resta salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma 1, provvedimenti cautelari».

Attraverso l'istituto della comunicazione di avvio²¹⁶ viene in risalto l'intento del legislatore di tutelare le posizioni dei vari soggetti coinvolti nel procedimento con

²¹⁶ Sulla disciplina in generale della comunicazione di avvio del procedimento sono già stati segnalati in dottrina: CARANTA, FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000; CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991; CASTIELLO, *Il nuovo modello di amministrazione nella legge n. 241/1990 e nella riforma Bassanini*, Rimini, 2002; CASSESE, *Passato, presente e futuro della legge sul procedimento amministrativo*, in NR, 2000, 20; CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino 2008; FERA, *Il principio del giusto procedimento alla luce della legge 15 del 2005*, in www.giustamm.it, 2005; FRANCO I., *Il nuovo procedimento amministrativo commentato: l'attività della p.a. nell'ordinamento amministrativo innovato dalla legge 241/1990 e dalle leggi di riforma successive*, Padova, 2001; GALLO C.E., *La partecipazione al procedimento*, in *La partecipazione al procedimento amministrativo* (a cura di) ALIBERTI-AZZARITI-CANAVESIO-QUAGLIA, Torino, 1992; MARIUZZO, *Commento all'art. 7, l. 241/90*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Rimini, 2008; SANDULLI M.A., *La comunicazione di avvio nei procedimenti di tutela del patrimonio storico-artistico*, in GDA, 2000, 587; TATTI, *La nuova partecipazione al procedimento amministrativo*, Napoli, 2009; VERZARO, *In tema di comunicazione*

la previsione di una fase dedicata alla loro partecipazione. In questo modo il fulcro dell'attività amministrativa autoritativa si sposta, infatti, dalla fase decisoria del procedimento a quella che precede la formazione della decisione, *id est* l'istruttoria.

Il principio del giusto procedimento impone, come visto, che il privato venga a conoscenza dell'inizio dell'istruttoria.

La Pubblica Amministrazione, nel momento stesso in cui inizia il percorso di esercizio del potere pubblico, è tenuta a comunicarne l'avvio in primo luogo ai c.d. "interventori necessari", ossia: coloro che saranno "direttamente" incisi dal provvedimento; coloro che per legge debbono intervenire; e, infine, coloro che dall'adozione del provvedimento potrebbero subire un "pregiudizio".

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, il novero dei soggetti interessati dall'azione della P.A. è variabile a tal punto da rendere ardua l'identificazione di tutti.

Ciò non avviene, invero, nel caso in cui il procedimento abbia come controparte, tra gli altri, un soggetto avente la qualità di datore di lavoro. In tali evenienze, infatti, lo stesso assume il ruolo di principale (se non unico) soggetto interessato a partecipare al procedimento perché destinatario degli effetti del provvedimento adottando, anche se non può a priori escludersi che la partecipazione al procedimento amministrativo debba essere altresì riconosciuta, *in itinere*, a vantaggio di posizioni giuridiche di soggetti terzi (si pensi, ad esempio, al caso del lavoratore che sia interessato alla ricostruzione di un periodo lavorativo svolto "in nero" al fine di ottenere la copertura contributiva conseguente).

E' in ragione di questo, infatti, che la citata norma (art. 7 cit.) espressamente parla anche di soggetti facilmente individuabili diversi dal diretto destinatario.

Tenuto conto della *ratio* dell'istituto *de qua*, la giurisprudenza amministrativa non ha avuto difficoltà ad affermare il principio secondo il quale alla comunicazione di avvio «*deve riconoscersi la dignità giuridica di principio generale dell'ordinamento, con conseguente natura eccezionale di ogni disposizione derogatoria che escluda o limiti tale diritto*»²¹⁷.

del procedimento amministrativo; l'art. 7 e la normativa prevedente, in *GI*, 1997; VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, 1998.

²¹⁷ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 12 febbraio 2007, n. 1002; Id., 9 giugno 2006, n. 6862.

Ed infatti, proprio con riguardo a tale ultima riflessione, lo stesso art. 7 cit. tipizza espressamente un'eccezione alla regola generale, riservando un regime procedimentale "semplificato" con riferimento alle ipotesi in cui siano emerse «ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento».

L'obbligo della comunicazione "preventiva" di avvio del procedimento è cioè escluso allorché ricorra una situazione di urgenza.

Non altrettanto, invece, deve affermarsi relativamente alla comunicazione che per comodità esplicativa può essere denominata come "successiva". L'urgenza, infatti, non sempre esonera l'amministrazione dal provvedere ad effettuare una comunicazione di avvio in via "posticipata".

L'inciso finale dell'art. 7 cit., nel far salva la possibilità di adottare provvedimenti cautelari²¹⁸ prima ancora dell'effettuazione della comunicazione "preventiva", implicitamente (*rectius, a contrario*) dispone che occorre comunque effettuare ad una comunicazione "posticipata" rispetto ai predetti provvedimenti²¹⁹, purché la stessa abbia, ovviamente, ancora un senso e soprattutto un'utilità pratica²²⁰.

In sostanza, qualora ricorrano particolari circostanze di urgenza, deve comunque essere data una comunicazione, seppur in via posticipata.

E' d'obbligo aggiungere, però, che tale ultima modalità comunicativa (posticipata appunto) trova realisticamente spazio solo quando, attraverso l'adozione del provvedimento cautelare, l'interessato non sia venuto in concreto a conoscenza - non tanto del mero avvio del procedimento, essendo questa avvenuta *in re ipsa* - quanto piuttosto del suo oggetto.

A tal fine è dirimente la verifica, nel concreto, della completezza del contenuto del provvedimento cautelare adottato, in quanto è ontologico che, ai fini dell'adempimento dell'obbligo comunicativo, rilevi qualsiasi modalità equivalente.

²¹⁸ Come visto, il comma 2 dell'art 7 della legge n. 241/1990 espressamente prevede che «*nelle ipotesi di cui al comma 1 resta salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma 1, provvedimenti cautelari*».

²¹⁹ Cfr. Cons. St., sez. V, 5 giugno 1997, n. 603.

²²⁰ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 dicembre 2006, n. 10492; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 13 giugno 2007, n. 5396. In entrambe le segnalate pronunce si legge che «*come l'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo sussiste, solo quando la comunicazione stessa apporti una qualche utilità all'azione amministrativa, perché l'obbligo è sancito in funzione dell'arricchimento che deriva all'azione amministrativa, sul piano del merito e della legittimità, dalla partecipazione del destinatario del provvedimento, sicché, in mancanza di tale utilità, viene meno la doverosità della comunicazione*».

Ciò che importa, infatti, è che si sia addivenuti al medesimo risultato, sicché non è raro che anche lo stesso provvedimento cautelare adottato dalla p.a. ai sensi del comma 2 dell'art 7 cit., possa, a seconda del suo contenuto in concreto, *ex se* integrare anche una c.d. comunicazione di avvio del procedimento di natura equipollente.

La giurisprudenza più attenta²²¹, infatti, distingue l'ipotesi in cui la conoscenza del procedimento da parte del privato, e quindi la sua partecipazione, sia stata in ogni caso raggiunta anche in difetto di comunicazione anticipata, perché la stessa è avvenuta attraverso un atto equipollente alla formale comunicazione - nel qual caso viene esclusa l'esistenza stessa, sul piano sostanziale, del vizio procedimentale - dalle diverse ipotesi in cui, essendo stata omessa del tutto qualsiasi forma di comunicazione, trova comunque applicazione l'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990²²².

Quanto sin qui esposto ha lasciato tuttavia sottinteso un rilievo, e cioè che la valutazione effettuata dall'amministrazione in ordine all'esistenza delle particolari esigenze di celerità che giustifichino la mancata comunicazione di avvio del procedimento deve necessariamente trovare un riscontro obiettivo sul piano motivazionale. Deve essere cioè all'esterno intelligibile la necessità a che i tempi di svolgimento in concreto del singolo procedimento siano conformi ai canoni di logica e coerenza²²³.

Come sostenuto in dottrina²²⁴, «*la ragionevolezza temporale è un corollario dell'effettività*»: le ragioni temporali costituiscono cioè il *discrimen* tra obbligo di comunicazione di avvio del procedimento in via anticipata, obbligo di comunicazione in via posticipata, e, infine, assenza dell'obbligo di comunicazione.

Deve inoltre nuovamente rimarcarsi, perché utile per il prosieguo, che l'ipotesi prevista al comma 1 dell'art. 7 cit., attinente alle “*esigenze di celerità*” - la cui ricorrenza determina l'esclusione dall'obbligo della comunicazione in assoluto - e

²²¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307; Cons. St., sez. VI, 11 settembre 2006, n. 5260.

²²² Come visto, l'art. 21 *octies*, comma secondo, periodo secondo, della legge n. 241 del 1990 concerne il caso in cui il provvedimento amministrativo finale non sia annullabile, ancorché viziati per omessa comunicazione di avvio del procedimento, allorché venga fornita in giudizio la prova che il suo contenuto non sarebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato.

²²³ Così T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 12 giugno 2007, n. 1036.

²²⁴ LIBERATI, *Il procedimento amministrativo*, Padova, 2008, 118.

quella di cui al comma 2 dello stesso articolo - che attiene, invece, all'esigenze temporali rispetto alle quali è tuttavia possibile, sia ontologicamente che giuridicamente, provvedere attraverso l'adozione di un provvedimento cautelare che sia seguito da un comunicazione "posticipata"- sono fattispecie assolutamente distinte e separate.

Particolari esigenze di celerità possono imporre, infatti, l'adozione di un provvedimento direttamente "definitivo", senza che vi siano margini per l'adozione in prima istanza di un provvedimento cautelare (ad esempio, perché identico sarebbe comunque il contenuto del provvedimento cautelare rispetto a quello conclusivo, e soprattutto irreversibili sarebbero gli effetti prodotti dal primo); mentre altro tipo di esigenze temporali possono essere fronteggiate dalla p.a., *in primis*, con l'adozione di un provvedimento amministrativo cautelare che - pur se adottato prima della comunicazione di avvio anticipata - non esclude l'obbligo comunicativo perché deve comunque consentirsi al privato di partecipare alla fase successiva del procedimento, ossia alla fase istruttoria che porterà all'adozione del provvedimento definitivo.

Riprendendo il discorso in via generale, può aggiungersi che l'omesso adempimento all'obbligo comunicativo, ove dovuto, determina l'irregolarità del procedimento e quindi l'invalidità del provvedimento: l'omessa formalità, determinando la mancata partecipazione dell'interessato al procedimento, lede infatti i diritti riconosciuti in capo a quest'ultimo dalla legge.

Tuttavia, occorre altresì tenere presente che quest'ultima conclusione non ha carattere assoluto ma, anzi, è soggetta ad eccezioni.

L'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990²²⁵ simultaneamente prevede, infatti, che la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento rende illegittimo, e quindi annullabile, il provvedimento finale, e che, tuttavia, il giudice non può procedere in tal senso qualora "*l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto*

²²⁵ Per comodità si riporta il testo integrale dell'articolo 21 *octies*, cit., rubricato «Annullabilità del provvedimento» - «1. E' annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. 2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Sintetizzando, l’omessa comunicazione di avvio non sempre vizia²²⁶ il provvedimento perché all’amministrazione è data la facoltà provare l’irrelevanza della mancata partecipazione del destinatario del provvedimento alla attività amministrativa, dimostrando che il contenuto di quest’ultimo non sarebbe stato comunque dissimile.

In chiusura si segnala che ulteriori eccezioni ostative all’applicazione dell’istituto della comunicazione di avvio del procedimento – oltre a quelle già viste, concernenti l’esigenze di celerità e l’emanazione di provvedimenti cautelari - sono previste all’art. 13 della legge n. 241/1990, ove è previsto che l’intero capo della citata legge (relativo alla partecipazione) non si applica agli atti normativi, agli atti amministrativi generali, agli atti di pianificazione, agli atti di programma e, infine, ai procedimenti tributari.

Ipotesi quest’ultime che non tolgono validità ma piuttosto confermano l’asserzione per cui la partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo integra “principio generale dell’ordinamento giuridico” per cui ogni disposizione che limiti o esclude tale diritto va interpretata in modo rigoroso, al fine di evitare facili opere di elusione.

La portata generale della partecipazione, direttamente correlata ai canoni costituzionali di imparzialità e di buon andamento, non autorizzano quindi

²²⁶ In merito al dibattito giurisprudenziale che ha interessato l’art. 21 *octies*, comma 2, cit., ed in particolare la questione della natura sostanziale o processuale della citata norma, si rinvia alla sintesi offerta da GIOVAGNOLI, FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, 490 e ss. In dottrina, invece, sono già stati segnalati: BRIGNOLA, *Gli interessi strumentali*, in *FA*, 1986; CANNADA BATOLI, *Interesse (Diritto Amministrativo)*, in *EdD*, XXII, Milano, 1972; CERULLI IRELLI, *Considerazioni in tema di sanatoria di vizi formali*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* (a cura di) PARISIO, Milano, 2004; CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *DP AMM.*, 2006, 43; GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 152; GALETTA, *Giudice amministrativo e vizi formali*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* (a cura di) PARISIO, Milano, 2004; GUANTARIO, *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; MORBIDELLI, *Invalità ed irregolarità*, in *Annuario dell’Associazione italiana degli studiosi del processo amministrativo*, 2002, Milano, 2003; SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge n. 241*, in *DP AMM.*, 2006, 578; SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* (a cura di) PARISIO, Milano, 2004; SORRENTINO, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell’art. 21 octies della legge n. 241/1990*, in www.giustamm.it, 2007; TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *DP AMM*, 2003.

interpretazioni arbitrariamente restrittive relativamente agli ambiti della stessa la quale, invece, è applicabile alla generalità dei procedimenti amministrativi con esclusione delle sole eccezioni stabilite dal legislatore²²⁷.

²²⁷ Così il *Plenum* della Commissione per l'accesso a documenti amministrativi nella seduta del 25 novembre 2003.

II) La natura del provvedimento di sospensione delle attività imprenditoriali: misura amministrativa “punitiva” o “ripristinatoria” ?

Le richiamate acquisizioni dottrinarie e giurisprudenziali in tema di avviso di avvio del procedimento amministrativo sono indispensabili per procedere all’analisi della questione concernente l’individuazione del regime procedimentale applicabile al provvedimento di sospensione delle attività imprenditoriali esercitate *contra legem laboris* di cui all’art. 14 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, c.d. *Testo Unico sulla sicurezza del lavoro*²²⁸.

Per affrontare con cognizione piena la problematica esposta risulta tuttavia preliminare avere riguardo al tema della natura giuridica della predetta misura sospensiva.

Nel corso della trattazione si è visto che nell’ambito della categoria generale dei “provvedimenti amministrativi ad effetti sanzionatori” occorre più propriamente distinguere tra sanzioni amministrative “punitive” (o “pure”) e misure amministrative *latu sensu* sanzionatorie (c.d. misure riparatorie-ripristinatorie). Distinzione che si effettua in base al criterio teleologico, ossia in relazione al fine perseguito, di volta in volta, dalla previsione normativa che prevede una determinata misura.

Il potere spiegabile dall’amministrazione può essere rivolto, infatti, in alcuni casi a punire esclusivamente una condotta illecita, mentre in altri casi a ripristinare (o a conservare) gli interessi sostanziali devoluti all’amministrazione.

A tal proposito si è anche fatto riferimento all’illuminante riflessione di Feliciano Benvenuti secondo la quale la funzione amministrativa può essere oggetto di autotutela indiretta (mediata) o diretta (immediata)²²⁹.

E così si è visto che la violazione di un precetto può rilevare sia in modo autonomo, venendo a costituire l’unico presupposto per l’esercizio del potere sanzionatorio, sia in modo più profondo, rappresentando il criterio per determinare l’inidoneità in concreto di un soggetto ad essere parte di un determinato rapporto con l’amministrazione oppure a svolgere una determinata attività che coinvolga interessi pubblici.

²²⁸ Si tratta cioè di procedere all’individuazione delle garanzie partecipative riconosciute in capo al datore di lavoro nei cui confronti sta per essere adottato tale ordine sospensivo.

²²⁹ BENVENUTI, voce *Autotutela (dir.amm.)*, in *Enc. Dir.*, cit., 537.

Il carattere meramente “punitivo” della sanzione amministrativa in senso stretto (o “pura”) deriva, quindi, dall’obiettivo finale cui essa è rivolta, che è costituito unicamente dalla volontà di punire il responsabile dell’illecito inteso nella sua specifica identità fisica, mentre, di converso, nelle misure “ripristinatorie-riparatorie” l’attenzione si appunta solo ed esclusivamente sulla tutela in via immediata dell’interesse sostanziale, settoriale e specifico, sotteso alla previsione della misura, la cui finalità ultima risiede, in definitiva, nella volontà di reindirizzare tale attività nei canali predefiniti dalla legge.

Ciò detto sul piano generale, può seguirsi facendosi rilevare che la sospensione delle attività imprenditoriali²³⁰ esercitate in violazione della disciplina in materia di lavoro regolare e sicurezza nei luoghi di lavoro è stata dapprima introdotta, in via sperimentale, nel settore dell’edilizia dall’art. 36 *bis* del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 (convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248), in seguito estesa a tutti gli altri settori merceologici dall’art. 5 della Legge 3 agosto 2007, n. 123, ed infine è trasfusa dal legislatore delegato nel c.d. Testo Unico sulla sicurezza del lavoro all’art. 14 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81²³¹.

²³⁰ Il provvedimento di sospensione delle attività imprenditoriali, attualmente previsto dal T.U. sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (D.lgs. n. 81 del 2008), non costituisce, in realtà, una novità assoluta per l’ordinamento italiano. Risalendo nel tempo, infatti, si scopre che il Regio decreto 12 maggio 1927, n. 824, recante «*Approvazione del regolamento per la esecuzione del R.D.L. 9 luglio, numero 1331, che costituisce l’Associazione nazionale per il controllo della combustione*», prevedeva una misura simile nello stabilire che «*qualora il conduttore non adempia abitualmente con diligenza le sue mansioni o abbia determinato, per dolo o per negligenza, notevoli avarie al generatore da lui condotto, anche se non vi sia stato infortunio, ovvero abbia comunque posto in pericolo l’incolumità di altri lavoratori, il capo circolo dell’ispettorato del lavoro, con ordinanza motivata e previa contestazione degli addebiti, può, senza pregiudizio delle altre sanzioni previste dalla legge e dal contratto di lavoro, sospenderlo fino a sei mesi dall’esercizio delle sue mansioni od anche revocare il certificato di abilitazione*. E ancora, la legge 7 gennaio 1929, n. 4, recante «*Norme generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie*», agli artt. 6 e 7, rispettivamente stabiliva che «*la chiusura di un pubblico esercizio o negozio ovvero di uno stabilimento commerciale o industriale può essere ordinata nei casi stabiliti dalle singole leggi*» e che «*il provvedimento di chiusura può essere revocato dall’intendente di finanza, su istanza del trasgressore. In tal caso, la revoca è subordinata al deposito di una somma, da determinarsi dall’Intendente, a garanzia del pagamento, secondo i casi, dell’ammontare dell’ammenda, della multa, della pena pecuniaria o della soprattassa, oltre che del tributo e delle spese. Il provvedimento di chiusura è revocato di d’ufficio, quando l’Intendente di finanza ritenga cessati i motivi che lo determinarono*».

²³¹ L’ultimo intervento normativo, in vigore a decorrere dal 15 maggio 2008, se da un lato abroga le precedenti citate disposizioni normative unificandole sotto l’egida del nuovo disposto normativo, dall’altro introduce delle rilevanti modifiche, talune delle quali sicuramente da apprezzare altre invece, come si vedrà, assolutamente discutibili.

Per mezzo dell'ultimo intervento legislativo, tuttavia, l'istituto ha conosciuto talune modifiche normative che, seppur lodevoli con riguardo a certi profili, con riferimento ad altri hanno sollevato, e sollevano tuttora, dubbi maggiori rispetto a quelli che originariamente si era inteso risolvere.

Per comprendere appieno la portata delle criticità è necessario prendere principio non solo dalla pregressa normativa citata ma soprattutto dagli arresti giurisprudenziali di alcuni T.A.R.²³² in risposta ai quali è intervenuto da ultimo il legislatore del 2008.

Iniziando dall'analisi dei riferimenti normativi, la sospensione dell'attività imprenditoriale è l'atto amministrativo che viene adottato dagli organi di vigilanza del Ministero del lavoro e della Previdenza sociale allorquando venga riscontrato, in sede di accesso ispettivo, l'impiego di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria (c.d. lavoratori in nero) in misura pari o superiore al 20 % del totale dei lavoratori rinvenuti presenti sul luogo di lavoro²³³.

Nel disegno normativo è sufficiente, quindi, il superamento del requisito del 20 % per legittimare l'esercizio del potere "interdittivo" riconosciuto in capo agli organi ispettivi, potere che, in quanto particolarmente pregnante, dal momento che incide sull'esercizio del diritto di libera iniziativa economica privata costituzionalmente garantito dall'art. 41, comma 1, della Costituzione²³⁴, trova la sua giustificazione nell'esigenza di tutelare - così come recita l'intestazione del D.lgs. n. 81/2008²³⁵ - la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro.

La sicurezza del lavoro, e quindi l'integrità psicofisica dei lavoratori, è strettamente connessa, infatti, non solo al rispetto delle normative "tecniche" settoriali, ma altresì anche alle regole propriamente giuslavoristiche: un'azienda può

²³² Cfr. T.A.R. Veneto, 24 ottobre 2007, n. 3614, e 7 novembre 2007, n. 3909; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 9 gennaio 2009, n. 2.

²³³ La formulazione riportata è quella attualmente prevista dal recente Testo Unico citato. Precedentemente, infatti, sia l'art. 36 bis del decreto legge n. 223/2006, sia l'art. 5 della legge n. 123/2007, facevano generalmente riferimento al «*personale regolarmente occupato*».

²³⁴ SANTORO, *Il Tar Veneto si pronuncia sul provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale*, in *Guida al lavoro*, 2007, 50, 17.

²³⁵ Cfr. D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, «*Attuazione dell'art. 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*».

oggi definirsi sicura solo se rispetta, altresì, la normativa in materia di regolare costituzione del rapporto di lavoro.

Non può esserci infatti adeguata formazione ed informazione sui rischi delle lavorazioni e, quindi, attenzione agli stessi, se il personale non è stato regolarmente assunto e formato²³⁶.

A riprova basta considerare che l'atto con cui si è sospesa l'attività imprenditoriale è oggetto di revoca, da parte dell'organo di vigilanza che lo ha adottato, allorquando sia stata regolarizzata la posizione dei lavoratori precedentemente riscontrati come "in nero" e si sia provveduto al pagamento di una somma unica pari a 2500 euro, *ex lege* qualificata come «aggiuntiva» rispetto alle ulteriori sanzioni - penali, civili ed amministrative - comminate dalla normativa specifica di regolamentazione dei rapporti di lavoro²³⁷.

Senonché, alla linearità della normativa esposta si contrappone la difficile perimetrazione delle regole procedurali di stampo partecipativo che governano l'adozione della misura sospensiva, posto che né la legge, né le circolari emanate dal Ministero del lavoro e della Previdenza sociale, sono intervenute *expressis verbis* con riferimento a tale specifico ultimo profilo.

²³⁶ In tal senso si esprimono le istruzioni operative diramate dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale ai propri organi di vigilanza con la circolare 28 settembre 2006 , n. 29, di interpretazione dell'antesignato disposto normativo di cui all'allora art. 36 *bis* del D.L. 223/2006, convertito con Legge n. 248/2006, ove si legge che il citato art. «*si caratterizza, anzitutto, per aver concentrato l'attenzione sulle ricadute che l'utilizzo di manodopera irregolare può avere sulle problematiche di sicurezza nei luoghi di lavoro. Già in passato, infatti, si era avuto modo di constatare che le imprese che ricorrono a manodopera irregolare sono anche quelle che presentano maggiori tassi infortunistici; invero, prima d'oggi nessuna disposizione normativa aveva espressamente e direttamente collegato i due fenomeni, operando la presunzione secondo cui il lavoro irregolare determina automaticamente anche una condizione di criticità sul fronte della sicurezza sul lavoro. [...]La ratio della disposizione, come accennato in premessa, individua una presunzione da parte dell'ordinamento circa la situazione di pericolosità che si verifica in cantiere» (oggi estesa a tutte le attività imprenditoriali) «*in conseguenza del ricorso a manodopera non risultante dalle scritture o da altre documentazione obbligatoria giacché la stessa, oltre a non essere regolata sotto il profilo strettamente lavoristico, non ha verosimilmente ricevuto alcuna formazione ed informazione sui pericoli che caratterizzano l'attività svolta».**

²³⁷ A differenza della precedente dizione normativa, che imponeva, ai fini della revoca, il pagamento di una «*sanzione amministrativa aggiuntiva pari ad quinto delle sanzioni amministrative complessivamente irrogate»*, quella attuale fa riferimento ad «*una somma aggiuntiva unica pari ad euro 2500»*. Al di là del cambiamento del criterio di calcolo, che molto agevolerà gli organi ispettivi, si vuole sottolineare che il cambiamento dei termini letterali accentua, come sarà maggiormente approfondito successivamente, la natura di onere facoltativo del titolo del pagamento dovuto.

La soluzione della questione presuppone, come detto, che venga preliminarmente sciolto un punto centrale, e cioè che venga accertata la natura dell'atto sospensivo, considerato che, alla luce di quanto in precedenza esposto, due sono in assoluto le possibili strade percorribili: o lo si qualifica come "atto" avente finalità sanzionatoria (*id est*, sanzione punitiva) – facendolo in questo modo rientrare sotto il regime della legge 24 novembre 1981, n. 689, che, come visto, disciplina il procedimento speciale di irrogazione delle sanzioni amministrative - o come "misura amministrativa" più propriamente provvedimentale – così sottoponendola alla disciplina partecipativa prevista dalla legge 8 agosto 1990, n. 241²³⁸.

Nel primo senso (natura sanzionatoria) depone, secondo parte della dottrina, da un lato, la circostanza che l'atto in questione costituisce precisa conseguenza di violazioni di legge, caratteristica essenziale delle sanzioni; dall'altro, il testo dell'art. 14, comma 6, cit., che dopo aver previsto come condizione per la revoca della sospensione il pagamento di una somma aggiuntiva pari ad euro 2500, dispone che «è comunque fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali, civili ed amministrative vigenti». Quest'ultima precisazione, si ritiene, non avrebbe alcuna ragion d'essere se la sospensione fosse intesa come misura non sanzionatoria²³⁹.

In sostanza, la necessità di mantenere ferme le altre sanzioni, anche amministrative, è sorta per scongiurare l'interpretazione secondo la quale attraverso l'introduzione di quest'ultima misura sarebbero state assorbite - in base al principio generale del *ne bis in idem* - tutte le altre sanzioni in precedenza previste. Ragionamento che presuppone, quindi, che la sospensione abbia natura di sanzione amministrativa.

In realtà, entrambi gli argomenti riportati non sono così risolutivi come potrebbe *prima facie* sembrare.

Iniziando dal primo, la considerazione - incentrata, è bene ricordarlo, sul dato che carattere essenziale delle sanzioni amministrative è quello di presupporre

²³⁸ Un'applicazione congiunta delle normative citate è esclusa, invece, dall'impostazione giurisprudenziale sostenuta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 9591 del 27 aprile 2006, in *Guida al lavoro*, 2006, 21, 10, ove si afferma un rapporto di specialità e di incompatibilità tra le norme di cui alla legge n. 689/1981 e le disposizioni della legge n. 214/1990.

²³⁹ SANTORO, *cop. ult. cit.*, 18.

l'accertamento a monte di una violazione di legge – può alla stessa stregua essere fatta valere, come si avrà modo di vedere a breve, anche se si riconduce la sospensione nell'ambito delle “misure provvedimentali amministrative aventi finalità cautelare-ripristinativa”; quanto al secondo, si sottolinea che è proprio sul presupposto della natura amministrativo-cautelare del provvedimento sospensivo che il legislatore può, nel rispetto del principio del *ne bis in idem*, lasciar comunque ferme le altre sanzioni *aliunde* previste dalla normativa vigente, tra le quali vi rientrano, in particolare, anche quelle amministrative.

Risulta quindi maggiormente condivisibile, anche perchè aderente al contesto normativo²⁴⁰, la tesi sostenuta da chi²⁴¹ riconduce la sospensione nell'ambito dei provvedimenti amministrativi aventi finalità cautelare.

Le molteplici argomentazioni sollevate in tale direzione si sviluppano prendendo spunto dal meccanismo di adozione del provvedimento in questione.

Questo, come si è visto, può essere adottato dagli organi di vigilanza a seguito dell'accertamento di condizioni che, direttamente o indirettamente, evidenziano un'esposizione al rischio di infortunio ed alla cui eliminazione è subordinata la revoca dello stesso e, quindi, il ritorno all'esercizio dell'attività da parte del soggetto ispezionato.

Attribuendo alla sospensione natura sanzionatoria, infatti, non si spiega - tenuto conto del citato principio del *ne bis in idem* - come possa il legislatore far «*salva l'applicazione delle sanzioni penali, civili ed amministrative vigenti*», tra le quali vi rientra, in particolare, la pesantissima “maxisanzione per lavoro nero”²⁴², e soprattutto perché lo stesso abbia individuato, come condizione legittimante l'adozione della stessa, una soglia minima di lavoratori in “nero”.

²⁴⁰ Sia la Legge n. 123/2007 che il novello D.Lgs. n. 81/2008 dettano, infatti, misure volte specificatamente alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

²⁴¹ ARIANO, *Il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale e la normativa generale di riferimento. Nota alla sentenza TAR Veneto, n. 3614 del 24 ottobre 2007*, in www.dplmodena.it.

²⁴² Il riferimento è, in particolare, al comma terzo dell'art. 3 della legge 23 aprile 2002, n. 73, di conversione del DL 22 febbraio 2002, n. 12, come sostituito dall'art. 4 della legge 4 novembre 2010, n. 183, ove è previsto che «*Ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore, in caso di impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro privato, con la sola esclusione del datore di lavoro domestico, si applica altresì la sanzione amministrativa da € 1.500 a € 12.000 per ciascun lavoratore, maggiorata di € 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo*».

Si intende cioè affermare che l'aver condizionato l'adozione della sospensione al superamento di una soglia minima colloca la predetta misura nell'alveo dei provvedimenti di natura cautelare.

Ma anzi vi è di più. Secondo il dettame legislativo, “*il provvedimento di sospensione non si applica nel caso in cui il lavoratore irregolare risulti l'unico occupato dall'impresa*” (art. 14, comma 11 *bis*, cit).

Nell'*intentio legis*, la presenza di un solo lavoratore irregolare non giustifica l'adozione di una misura così fortemente invasiva perché in tale evenienza è marginale l'attentato alla salute ed alla sicurezza dei luoghi di lavoro. In tali circostanze, secondo la dottrina più accreditata²⁴³, è sufficiente infatti provvedere all'allontanamento del lavoratore stesso²⁴⁴.

Si pongono altresì nel solco della natura cautelare della sospensione anche talune importanti modifiche introdotte al riguardo dal recente Testo unico.

In primis, l'osservazione che mentre nei testi normativi precedentemente vigenti la percentuale del 20 % dei lavoratori irregolari doveva essere calcolata in raffronto ai lavoratori complessivamente assunti dall'impresa, le modalità di calcolo da ultimo introdotte nel 2008 prevedono che il rapporto debba essere fatto con riguardo ai soggetti rinvenuti intenti a lavorare sul luogo di lavoro al momento dell'accesso. Il passaggio dal rapporto con i lavoratori complessivamente assunti – prescindendo dalla loro presenza al momento dell'accesso ispettivo – a quello dei lavoratori rinvenuti intenti a lavorare, evidenzia la natura non sanzionatoria ma cautelare della sospensione.

Alla stessa stregua, poi, la circostanza che a differenza dei precedenti dettati normativi²⁴⁵, l'art. 14 del d.lgs. n. 81/2008 impone quale requisito aggiuntivo, ai fini della revoca della misura, non più il pagamento di una «*sanzione amministrativa aggiuntiva*» - espressione che poteva essere intesa come elemento indirettamente

²⁴³ PAPA, *Il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale dopo il correttivo al TU*, in www.adapt.it.

²⁴⁴ In realtà, come si avrà modo di vedere nel prosieguo, tale ultima soluzione - ossia l'allontanamento del lavoratore irregolare - non ha alcuna copertura legislativa sicché, non essendo possibile, in base al principio di legalità, l'esercizio di poteri amministrativi impliciti, tale rimedio non può a rigor essere praticato dell'organo procedente.

²⁴⁵ Il riferimento è ai citati artt. 36 *bis* del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (convertito in Legge 4 agosto 2006, n. 248) e 5 della Legge 3 agosto 2007, n. 123.

indicativo della natura sanzionatoria del provvedimento sospensivo – ma il versamento di una «*somma aggiuntiva unica*». Il mutamento della formula legislativa qualifica il pagamento non come sanzione amministrativa, ma quale «*onere economico accessorio*» al cui mancato esborso consegue esclusivamente la perdurante vigenza della sospensione²⁴⁶.

Sempre nel senso della finalità cautelare della sospensione depone, soprattutto, la discrezionalità riconosciuta in capo agli organi di vigilanza in sede di adozione della misura in questione: discrezionalità che non può, per ovvi motivi, trovare alcun spazio con riferimento alle sanzioni amministrative²⁴⁷. Sia l'art. 36 *bis* cit. che l'art. 5 cit., sia l'attuale formulazione dell'art. 14 cit., espressamente stabiliscono che «*gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale*» [...] «*possono adottare provvedimenti di sospensione di un'attività*

²⁴⁶ Già precedentemente alle recenti modifiche, il Ministero del Lavoro e della previdenza sociale aveva affermato, con la circolare 14 novembre 2007, n. 24, che «*nonostante il tenore letterale della disposizione normativa*» dell'art. 5 della legge 123/2007 parli espressamente di sanzione amministrativa aggiuntiva, «*non si è in presenza di una sanzione amministrativa quanto piuttosto di un onere economico accessorio. A tal conclusione si giunge considerando, da un lato, che ad essa non trova applicazione il meccanismo di quantificazione di cui all'art. 16 della legge n. 689/1981, in quanto il criterio di computo è già definito dalla legge, dall'altro, perché, in caso di mancato pagamento da parte del trasgressore di detto onere, l'unica conseguenza consiste nella mera permanenza degli effetti sospensivi del provvedimento, senza alcun ulteriore seguito in termini di riscossione coattiva del relativo importo*». In tal senso, PAPA, *Sospensione dell'attività imprenditoriale: nuove indicazioni dal Ministero*, in *Guida al lavoro*, 2007, 46, 12, il quale afferma che «*in sostanza il pagamento di tale somma, in quanto elemento esclusivamente finalizzato ad ottenere la revoca del provvedimento, non sembrerebbe sottostare alla disciplina della legge n. 689/1981, che regola il procedimento sanzionatorio amministrativo*». Sulla natura giuridica di onere economico accessorio si veda anche il primo e pregevole contributo di SCARCELLI, *Prime considerazioni sull'art. 5 della legge n. 123/07*, in www.dplmodena.it, secondo il quale «*tale sanzione, definita dal legislatore aggiuntiva, si differenzia non poco dalla sanzione amministrativa strictu iure intesa difettando, rispetto a quest'ultima, del requisito dell'esecutività, di tal che il mancato pagamento della somma non potrà mai condurre la P.A. all'emissione del titolo (ordinanza ingiunzione) in vista dell'esecuzione forzata, ciò in quanto l'amministrazione non vanta rispetto a tale somma un diritto di credito, che invece vanta nel caso di sanzioni amministrative vere e proprie. In altri termini, il destinatario del provvedimento di sospensione è libero di non pagare, il pagamento è spontaneo e funzionale ad ottenere un vantaggio, consistente nella rimozione del provvedimento interdittivo. Tale figura, pur avendo anch'essa natura affittiva e perciò latamente sanzionatoria, si avvicina più alla figura dell'onere. Inoltre, l'inesigibilità della sanzione aggiuntiva implica la sua non assoggettabilità alla procedura della legge n. 689/1981 con conseguente non necessarietà della contestazione a mezzo di verbale di illecito ex art. 14 della legge n. 689/1981*».

²⁴⁷ Sulla obbligatorietà della funzione sanzionatoria si vedano, tra i tanti, TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, 345; PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, 158; M. A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, 15; M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 196 e ss.

imprenditoriale qualora riscontrino [...]», con ciò riconoscendo in capo agli ispettori una facoltà e non un obbligo di adozione della misura sospensiva²⁴⁸.

La sospensione, infatti, deve “*di norma*” essere adottata ogni qual volta siano accertati i presupposti «*salvo valutare circostanze particolari che suggeriscano, sotto il profilo dell’opportunità, di non adottare il provvedimento in questione*»²⁴⁹.

Come sottolineato dallo stesso Ministero del Lavoro²⁵⁰, le circostanze che possono indurre il personale ispettivo a non adottare la misura sono anzitutto legate ad esigenze di salute e sicurezza del lavoro.

In altre parole²⁵¹, laddove la sospensione dell’attività possa determinare, a sua volta, una situazione di maggior pericolo per l’incolumità dei lavoratori o di terzi è opportuno che non si provveda in tal senso: «*un utile criterio volto ad orientare la valutazione dell’organo di vigilanza va legato alla natura del rischio dell’attività*

²⁴⁸ Sulla discrezionalità “guidata” degli ispettori del lavoro in sede di adozione del provvedimento di sospensione si vedano gli indirizzi interpretativi espressi dal Ministero del lavoro e della previdenza con la lettera circolare 22 agosto 2008, ove è stabilito che «*come nella corrispondente ipotesi di cui all’art. 36 bis del D.L. n. 223/2006, la ratio della disposizione*» (art. 5 della Legge n. 123/2007) «*è quella di garantire l’integrità psicofisica dei lavoratori e tale finalità deve opportunamente guidare il personale ispettivo nell’esercizio del potere discrezionale riconosciuto dalla disposizione. Si ritiene pertanto che il provvedimento di sospensione dell’attività imprenditoriale debba essere di norma adottato ogniqualvolta si riscontri la sussistenza dei presupposti di legge, salvo valutare circostanze particolari che suggeriscano, sotto il profilo dell’opportunità, di non adottare il provvedimento in questione. In particolare, come segnalato con la citata circolare n.29/2006*» (interpretativa dell’art. 36 bis) «*un utile criterio volto ad orientare la valutazione dell’organo di vigilanza va legato alla natura del rischio dell’attività svolta dai lavoratori irregolari, tenendo conto che il provvedimento può non essere adottato nei casi in cui l’immediata interruzione dell’attività comporti a sua volta una imminente situazione di pericolo sia per i lavoratori che per i terzi. Appare altresì opportuno non adottare il provvedimento di sospensione nel caso in cui l’interruzione dell’attività di impresa comporti un irrimediabile degrado degli impianti o delle attrezzature*». A titolo esemplificativo, SCARCELLI, *cit.*, segnala l’ipotesi della «*inibizione di attività di somministrazione di energia che comporterebbe l’interruzione di molti altri processi produttivi ovvero all’interruzione di attività ad elevata utilità sociale come la chiusura di una casa di riposo o addirittura di una clinica medica; in siffatte ipotesi*» - continua l’Autore - «*la tutela dei controinteressati e la necessaria comparazione degli interessi in conflitto è resa possibile dalla discrezionalità nell’adottare o meno il provvedimento*»; nonché dalla circolare 14 novembre 2007, n. 24, ove si aggiunge che «*va valutata l’opportunità di adottare il provvedimento di sospensione in tutte quelle ipotesi in cui si venga a compromettere il regolare funzionamento di una attività di servizio pubblico, anche in concessione (ad esempio attività di trasporto, di fornitura di energia elettrica, acqua, luce, gas, ecc.), così pregiudicando il godimento di diritti costituzionalmente garantiti. Una possibile limitazione all’esercizio di tali diritti trova invece giustificazione laddove il provvedimento di sospensione per gravi e reiterate violazioni alla normativa in materia di sicurezza sia funzionale alla tutela del primario diritto costituzionale alla salute di cui all’art. 32 Cost.*».

²⁴⁹ Nei suddetti termini si esprime la Circolare n. 29 del 2006 del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale.

²⁵⁰ Cfr. nota precedente.

²⁵¹ PAPA, *Il potere di sospensione dell’attività imprenditoriale dopo il correttivo al TU*, 2, in www.adapt.it.

svolta dai lavoratori irregolari, tenendo conto che il provvedimento può non essere adottato [...] quando l'interruzione dell'attività svolta dall'impresa determini a sua volta una situazione di pericolo per l'incolumità dei lavoratori delle altre imprese che operano nel cantiere (si pensi, ad esempio, alla sospensione di uno scavo in presenza di una falda d'acqua o a scavi aperti in strade di grande traffico, a demolizioni il cui stato di avanzamento abbia già pregiudicato la stabilità della struttura residua e/o adiacente o, ancora, alla necessità di ultimare lavori di rimozione di materiale nocivo quale l'amianto)»²⁵²; o «in tutte quelle ipotesi in cui si venga a compromettere il regolare funzionamento di un'attività di servizio pubblico, anche in concessione (ad esempio, attività di trasporto, di fornitura di energia elettrica, acqua, luce, gas, ecc.), così pregiudicando il godimento di diritti costituzionalmente garantiti»²⁵³.

In ultima analisi, la discrezionalità dell'ispettore nell'adozione della misura risiede nella comparazione «delle condizioni di rischio e pericolo in un'ottica di tutela e prevenzione della salute e sicurezza dei lavoratori»²⁵⁴ e di terzi. Discrezionalità che quindi si appunta solo sul profilo dell'*an* e non sul contenuto del provvedimento che resta, *in parte qua*, vincolato²⁵⁵.

Se, come si è cercato di dimostrare, la funzione assolta dall'ordine di sospensione dell'attività imprenditoriale è unicamente cautelare, è giocoforza concludere che la stessa abbia natura di provvedimento amministrativo in quanto misura "ripristinativa-riparatoria".

Per mezzo di essa, infatti, l'attenzione del legislatore - e a cascata dell'amministrazione procedente - si appunta sulla tutela in via immediata dell'interesse sostanziale (*id est*, la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro), in quanto la finalità perseguita risiede esclusivamente nel reindirizzare tale attività nei canali predefiniti dalla legge.

²⁵² Cfr. Circolare Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale n. 29/2006.

²⁵³ Cfr. Circolare Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale n. 24/2007

²⁵⁴ Cfr. Direttiva del Ministro del Lavoro e della Previdenza sociale 18 settembre 2008 (c.d. Direttiva Sacconi).

²⁵⁵ Tant'è che il Ministero del lavoro si è preoccupato di allegare, alle circolari ministeriali adottate sul punto, un modulo (c.d. *format*) omogeneo e predefinito di provvedimento sospensivo.

Impostazione quest'ultima che fu ripresa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione nella celeberrimo principio di diritto statuito - in tema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo - nella sentenza n. 926 del lontano 24 febbraio 1978, ove venne affermato che *«nelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione, in presenza di determinati comportamenti previsti dalla legge, ha la potestà di irrogare sanzioni non penali al privato, la posizione soggettiva di quest'ultimo configura un interesse legittimo o un diritto soggettivo, rispettivamente tutelabili davanti al giudice amministrativo od al giudice ordinario, a seconda che resti inclusa nell'area dei poteri autoritativi dell'amministrazione medesima per la cura ed il governo di pubblici interessi, come avviene nel caso delle cosiddette "sanzioni ripristinatorie", ovvero esuli da detta area, trattandosi di sanzioni, come quella che imponga il pagamento di una somma di denaro, con funzione direttamente punitiva e solo mediatamente preordinate alla tutela di fini pubblici»*.

Un'indicazione, seppur di natura strettamente operativa, sulla natura provvedimentale della sospensione si ricava altresì dalla circolare adottata dal Ministero del Lavoro²⁵⁶ in materia di *«imposta di bollo sulle quietanze relative al pagamento delle sanzioni irrogate in materia di lavoro e legislazione sociale e sulle istanze volte ad ottenere la revoca del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale»*.

Nel rispondere ad un interpello il Dicastero ha stabilito che le quietanze (i c.d. moduli F23) di pagamento delle sanzioni irrogate dagli organi ispettivi sono esenti dall'imposta di bollo in considerazione del fatto che la sanzione amministrativa deve considerarsi extratributaria dello Stato²⁵⁷, mentre le istanze dei datori di lavoro diretta alle Direzioni provinciali del lavoro tese ad ottenere la revoca del provvedimento di sospensione sono soggette ad imposta di bollo, ed analogamente, il conseguente provvedimento di revoca.

²⁵⁶ Cfr. Lettera circolare 3 febbraio 2010 (prot. n. 25/1/0002222) del Ministero del lavoro in *Guida al Lavoro*, 8, 2010.

²⁵⁷ Ai sensi dell'art. 5, comma 4, della Tabella B (*Atti, documenti e registri esenti dall'imposta di bollo in modo assoluto*) allegata al D.P.R. n. 26 ottobre 1972, n. 642, sono esenti in modo assoluto dall'imposta di bollo *«Atti e copie relativi al procedimento, anche esecutivo, per la riscossione dei tributi, dei contributi e delle entrate extratributarie dello Stato, delle regioni, delle province, dei comuni e delle istituzioni pubbliche di beneficenza, dei contributi e delle entrate extratributarie di qualsiasi ente autorizzato per legge ad avvalersi dell'opera dei concessionari del servizio nazionale di riscossione»*.

Ciò in quanto - e su ciò si appunta il dato significativo – gli ultimi due atti (istanza di revoca e provvedimento di revoca) ricadono nella previsione normativa di cui all'art. 3 della Tariffa A (*Atti, documenti e registri soggetti all'imposta fin dall'origine*) allegata al D.P.R. n. 642/1972 che stabilisce che è dovuta l'imposta di bollo fin dall'origine per le «*istanze [...] dirette agli uffici ed agli organi [...] dell'amministrazione dello Stato, delle Regioni, delle Province, dei Comuni [...] tendenti ad ottenere l'emanazione di un provvedimento amministrativo*».

Ora è chiaro, almeno nel ragionamento del Dicastero, che se l'istanza di revoca della sospensione è soggetta ad imposta di bollo perchè diretta ad ottenere un atto, la revoca appunto, che si qualifica come provvedimento amministrativo di secondo grado, ne deriva, a cascata, che anche la sospensione a monte ha natura di provvedimento amministrativo.

Senza tacere, inoltre, che nel senso della natura di provvedimento amministrativo della sospensione propende altresì la facoltà, espressamente prevista dal comma 9 dell'art. 14 cit, di poter esperire, avverso il provvedimento in questione, il ricorso gerarchico amministrativo alla Direzione regionale del lavoro territorialmente competente entro il termine di 30 giorni, ovvero i ricorsi giurisdizionali al Tribunale Amministrativo Regionale, entro il termine di 60 giorni, o al Presidente della Repubblica, entro quello più lungo di 120 giorni²⁵⁸.

Alla luce di quanto esposto, deve desumersi che la sospensione delle attività imprenditoriali esercitate *contra legem* sia riconducibile all'ambito dei provvedimenti amministrativi discrezionali con finalità interdittiva-cautelare, i quali, salvo diversa espressa previsione legislativa²⁵⁹, rientrano nell'alveo delle regole

²⁵⁸ Tale possibilità era già stata ammessa dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale, con riferimento agli articoli 36 *bis*, *cit.*, e 5, *cit.*, dapprima con la circolare 28 settembre 2006, n. 29, e, successivamente, con la lettera circolare 22 agosto 2007, ove si prevedeva che «*pur in assenza di una espressa previsione normativa in tal senso sembra potersi ammettere un ricorso di natura gerarchica alle Direzioni regionali del lavoro territorialmente competenti, secondo quanto stabilito in via generale dal D.P.R. n. 1199 del 1971*».

²⁵⁹ A breve si vedrà come tale esclusione normativa sia stata espressamente introdotta, al fine di evitare (inesistenti) problematiche, dal recente Testo Unico proprio sul presupposto della natura amministrativa del provvedimento.

partecipative di cui alla legge n. 241/1990, perché privi delle caratteristiche che tipicizzano le “sanzioni punitive” disciplinate dalla legge n. 689/1981²⁶⁰.

²⁶⁰ In tal senso ARIANO, *op. cit.*, 3. La questione della natura amministrativa o sanzionatoria del provvedimento in questione involge, inoltre, anche il profilo strettamente processuale della giurisdizione, rispettivamente amministrativa o ordinaria. A tal riguardo C. SANTORO, *op. cit.*, il quale scrive che «*il riparto di giurisdizione in tema di sanzioni amministrative viene determinato dalla giurisprudenza nei termini che seguono. Se le sanzioni hanno carattere meramente affittivo, come quelle pecuniarie, e cioè hanno la funzione di garantire il solo rispetto della normativa violata, la giurisprudenza spetta al giudice ordinario, in base agli articoli 22 e 23 della legge n. 689/1981; se, viceversa, hanno carattere ripristinatorio, cioè sono dirette a realizzare il medesimo interesse pubblico al cui soddisfacimento è preordinata la funzione amministrativa, con riequilibrio della lesione perpetrata ai danni del bene protetto, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo (Cassazione Sezioni Unite n. 5214/2005; Consiglio di Stato n.112/1999; TAR Veneto n. 129/2007; TAR Basilicata n. 471/2007).[....] la sospensione ispettiva appare una misura ripristinatoria, in quanto diretta a realizzare direttamente (o quanto meno ad incentivare) le condizioni di regolarità dei luoghi di lavoro, sia sotto il profilo previdenziale e formale, sia sotto quello della sicurezza».* Sul punto anche M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Napoli, 1981, 233. Sul tema si sono pronunciate, in giurisprudenza, anche le Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione con la sentenza 24 febbraio 1978, n. 926, le quali hanno affermato che «*nelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione, in presenza di determinati comportamenti previsti dalla legge, ha la potestà di irrogare sanzioni non penali al privato, la posizione soggettiva di quest'ultimo configura un interesse legittimo o un diritto soggettivo, rispettivamente tutelabili davanti al giudice amministrativo od al giudice ordinario, a secondo che resti inclusa nell'area dei poteri autoritativi dell'amministrazione medesima per la cura ed il governo di pubblici interessi, come avviene nel caso delle cosiddette sanzioni “ripristinatorie”, ovvero esuli da detta area, trattandosi di sanzioni, come quella che imponga il pagamento di una somma di denaro, con funzione direttamente punitiva e solo mediatamente preordinate alla tutela di fini pubblici».*

III) Il regime procedimentale del provvedimento di sospensione dalle recenti pronunce del TAR Veneto all'ultimissimo d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (c.d. Testo Unico sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro).

L'ultima delle affermazioni svolte costituisce il dato di partenza da cui analizzare le recenti statuizioni offerte sul punto dal T.A.R. Veneto ²⁶¹ e dalla sezione meneghina del T.A.R. Lombardia²⁶².

Iniziando dal giudice amministrativo veneziano, nelle fattispecie si dibatteva sulla questione dell'applicabilità o meno, al provvedimento di sospensione, delle norme partecipative di cui alla legge n. 241/1990, in particolare quella di cui all'art. 7 cit. ove è sancito l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti.

In entrambe le circostanze, infatti, i datori di lavoro ispezionati si erano rivolti al giudice al fine di vedersi annullare, perchè non avvisati dell'avvio del procedimento, il provvedimento della Direzione provinciale del lavoro di Vicenza con i quali era stata disposta la sospensione dell'attività imprenditoriale svolta dai ricorrenti, essendo stata accertata, in sede di accesso ispettivo, l'impiego da parte degli stessi di personale c.d. in nero in misura superiore al 20 %.

Ebbene, per mezzo delle due citate decisioni, sbrigativamente adottate in forma semplificata, il Tribunale amministrativo adito ebbe modo di statuire testualmente che *«non vi sono elementi da cui si possa desumere che ai procedimenti in subiecta materia non si applicano le norme generali di cui alla l. n. 241/1990, e, così, le previsioni di cui all'art. 7 della stessa sulla comunicazione d'avvio del procedimento»*.

Nelle occasioni riportate, quindi, i giudici veneziani, presupponendo, a ragione, la natura amministrativa del provvedimento amministrativo, ritennero conseguentemente applicabile la disciplina di cui alla legge sul procedimento

²⁶¹ Cfr. T.A.R. Veneto, sentenza 24 ottobre 2007, n. 3614; Id., 7 novembre 2007, n. 3909; Id., 15 maggio 2008, n. 1391. Tutte le citate pronunce sono consultabili sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it

²⁶² Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sentenza 9 gennaio 2009, n. 2.

amministrativo, e quindi anche la previsione riguardante l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento.

Relativamente a tale ultima specifica questione - che, come si vedrà, non poco ha influenzato la stesura del testo dell'art. 14 del recente Testo Unico - non possono non muoversi però una serie di obiezioni, di opportunità, prima, e giuridiche, poi, trattandosi di obbligo legislativo non applicabile al provvedimento di sospensione perché ontologicamente e giuridicamente incompatibile.

Nelle fattispecie esaminate, infatti, i giudici hanno dimostrato di non conoscere in modo approfondito come inizia e come si svolge un procedimento ispettivo in materia di lavoro: nel riprendere quanto esposto in precedenza²⁶³, occorre ricordare che il potere di accesso "a sorpresa" in azienda degli organi ispettivi del Ministero del lavoro e della previdenza sociale è disciplinato dal d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, recante norme di «*Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della L 14 febbraio 2003, n. 30*», oltre che, ovviamente, dalla legge 24 novembre 1981, n. 689.

Articolati normativi che, per ovvi motivi, non prevedono che prima dell'accesso ispettivo - volto alla verifica del rispetto della normativa legislativa e contrattuale in materia di lavoro - venga effettuata la comunicazione di inizio del procedimento sanzionatorio.

Se a quanto esposto si aggiunge la riflessione che il provvedimento di sospensione, seppur amministrativo, si innesta nell'ambito di un procedimento ispettivo già iniziato - essendo lo stesso adottabile solo allorquando si sia riscontrata, contestualmente all'accesso ispettivo, la ricorrenza della condizione percentuale precedentemente esposta, e ciò al fine di azzerare immediatamente i fattori di pericolo che minacciano la sicurezza dei luoghi di lavoro - si comprende: che prima dell'accesso ispettivo non può effettuarsi alcuna comunicazione di avvio non essendo ancora stati accertati i presupposti normativi della sospensione - e, quindi, non essendo ancora iniziato il *sub*-procedimento amministrativo vero e proprio; e che la comunicazione non potrebbe comunque essere effettuata, in via preventiva al datore

²⁶³ Il rinvio è al par. II, cap. II, della sez. I.

di lavoro, per ovvie ragioni di opportunità, facendo parte l'ispezione in materia di lavoro delle c.d. attività "a sorpresa".

Inoltre, a ciò si aggiunga: che se l'avviso di avvio del procedimento venisse comunque adottato in sede di accesso ispettivo, dopo aver accertato i presupposti legali ma prima dell'adozione del provvedimento di sospensione, lo stesso brillerebbe per inutilità – essendo le parti già venute in contatto - e sarebbe, anzi, in contrasto con il principio del divieto di aggravamento del procedimento di cui al comma 2 dell'art. 1 della stessa legge n. 241/1990; che, se il funzionario ispettivo, sempre in sede di accesso, comunque comunicasse al datore di lavoro l'avvio del procedimento di sospensione al fine di *«dargli un termine per garantirgli il diritto d'intervento, e valutare solo in seguito se emettere o meno il provvedimento, le finalità cautelari che presiedono a questa misura verrebbero vanificate»*²⁶⁴ irrimediabilmente.

A tal ultimo proposito è utile ricordare le responsabilità in cui potrebbe incorre l'ispettore nell'eventualità che, terminati gli accertamenti ispettivi, e abbandonato il luogo di lavoro senza aver adottato il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale, si verificasse un infortunio²⁶⁵.

Tali considerazioni di carattere strettamente operativo altro non sono, in realtà, il riflesso delle attente valutazioni, di ordine giuridico e soprattutto normativo, che sottendono l'istituto della comunicazione di avvio del procedimento.

Relativamente alle prime, è noto, ai sensi dell'art. 7, comma 1, cit., che l'amministrazione è tenuta a comunicare il predetto avvio ai diretti destinatari del provvedimento finale, a coloro che per legge debbono intervenire nel procedimento,

²⁶⁴ ARIANO, *op. cit.*, 3.

²⁶⁵ Responsabilità di natura sia penale, per lesioni colpose o omicidio colposo, che civile, secondo il disposto di cui all'art. 2043 c.c. La stessa disposizione – di dubbia comprensione – di cui al comma 11 *bis* dell'art. 14 cit., nella parte in cui dispone che *«in ogni caso di sospensione [...] gli effetti della sospensione possono essere fatti decorrere dalle ore dodici del giorno lavorativo successivo [...], salvo che non si riscontrino situazioni di pericolo imminente o di grave rischio per la salute dei lavoratori o di terzi»* non contraddice il ragionamento esposto. Al di là del fatto che ogni rischio della salute dovrebbe avere la stessa considerazione normativa non potendo distinguersi tra rischio grave e non grave, ed al di là del fatto che la disposizione attribuisce una facoltà e non il dovere di postergare gli effetti del provvedimento alle ore dodici del giorno successivo alla sua adozione, ciò che non confuta ma anzi conferma il ragionamento è il fatto che la norma presuppone la distinzione tra adozione del provvedimento e decorrenza degli effetti dello stesso. La norma dice, in sostanza, che il provvedimento ha effetti dalle ore dodici del giorno seguente e non che il provvedimento deve essere adottato il giorno seguente.

e ai soggetti, individuati o facilmente individuabili, che possono ricevere un pregiudizio dal provvedimento medesimo. In proposito pare evidente, riflettendo sulle categorie di soggetti ai quali la comunicazione deve essere rivolta, ed in particolare avendo riguardo ai soggetti “pregiudicati”, come in tanto questi ultimi possono essere correttamente avvisati in quanto l’amministrazione, nel momento in cui pone in essere l’atto di iniziativa, abbia già riscontrato una situazione di fatto dai contorni sufficientemente definiti, perché soltanto in presenza di tali elementi è possibile per l’amministrazione assolvere all’obbligo in questione (tant’è che ai sensi dell’art. 8, comma 2, l’amministrazione ha, tra gli altri, l’obbligo di indicare nella comunicazione l’oggetto del procedimento)²⁶⁶.

Nell’atto di iniziativa dev’esserci, infatti, in via provvisoria tutto ciò che poi verrà compiutamente svolto e risolto nel procedimento, e cioè: la qualificazione dei fatti, l’interpretazione del dato normativo, la valutazione degli interessi (primari e secondari), nonché, infine, la determinazione del contenuto della decisione, e dunque la previsione degli effetti giuridici che si produrranno con l’adozione del provvedimento.

La conoscenza preventiva degli elementi “fattuali” non può logicamente essere presente, invece, nel caso del provvedimento di sospensione dell’attività imprenditoriale, perché ancora non vi è stato alcun contatto (*id est*, l’accesso ispettivo) con la controparte.

Allo stesso modo, dal punto di vista strettamente normativo non può non osservarsi come lo stesso art. 7 della legge 241/1990, invocato dal Tribunale amministrativo veneziano quale parametro normativo per l’annullamento del provvedimento di sospensione impugnato, espressamente prevede, in apertura del comma 1, che l’avviso di avvio del procedimento non deve essere comunicato ove «*sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento*», ed in chiusura del secondo comma, che «*resta salva la facoltà dell’amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma 1, provvedimenti cautelari*».

²⁶⁶ ZITO, *Considerazioni sui profili funzionali del procedimento alla luce della legge n. 241 del 1990*, in www.giustamm.it.

Esigenze di celerità che, in quanto sottese alla *ratio* della norma che attribuisce il potere di sospensione, certamente ricorrono qualora in sede ispettiva venga accertata la presenza di quei fattori tipici presuntivamente assunti dalla norma a fonti di pericolo per l'integrità psicofisica dei lavoratori.

Senza tacere, per completezza, che in base al disposto di cui al citato comma 2, il funzionario ispettivo incaricato potrebbe – astrattamente - dapprima adottare il provvedimento cautelare sospensivo e poi comunicare al soggetto ispezionato la facoltà di partecipare alle fasi immediatamente successive del procedimento, depositando le memorie e gli scritti difensivi a cui agli articoli 7 e 10 sono finalizzati. Ipotesi quest'ultima che comunque renderebbe inutile la comunicazione di avvio "posticipata", se si considera che, come detto, il provvedimento di sospensione contiene già tutte le notizie che sono previste per la comunicazione di avvio, e che le garanzie partecipative, seppur *ex post*, sono già riconosciute al datore di lavoro ispezionato dalla normativa ispettiva di settore di cui alla legge n. 689/1981 ed al d.lgs. n. 124/2004²⁶⁷.

Sicché, in conclusione, la legge n. 241/1990, seppur legge generale del procedimento amministrativo, deve ritenersi applicabile al provvedimento di sospensione tenendo però presente le peculiarità specifiche che connotano quest'ultimo e che lo differenziano da un ordinario provvedimento amministrativo, se non altro perché il relativo procedimento di adozione si inserisce, come *sub-procedimento*, in quello avente inizialmente natura marcatamente ispettiva.

Ma un'ulteriore riflessione critica si impone nei confronti delle conclusioni raggiunte dal T.A.R. del Veneto nelle citate pronunce "gemelle".

Si è visto che il secondo periodo del comma 2 dell'art. 21 *octies* della legge 241/1990, come modificato dalla novella del 2005, espressamente prevede che il

²⁶⁷ Il riferimento è, in particolare, al comma primo dell'art. 18 della Legge n. 689/1981, a tenore del quale «entro il termine di trenta giorni dalla data di contestazione o notificazione della violazione, gli interessati possono far pervenire all'autorità competente a ricevere il rapporto a norma dell'art. 17 scritti difensivi e documenti e possono chiedere di essere sentiti dalla medesima autorità». Come si vede il procedimento ispettivo è già improntato ai caratteri del contraddittorio, concedendo ai soggetti privati ampie facoltà di interlocuzione con l'autorità procedente. In tal senso SANTORO, *op. cit.*, a mente del quale, in un certo senso, «le previsioni della legge n. 689 hanno anticipato i principi della Legge n. 241: si pensi, oltre al principio del contraddittorio e di difesa del soggetto privato, contemplato nell'art. 18, comma 1, Legge n. 689/1981, al principio della motivazione del provvedimento di cui all'art. 18, comma 2».

giudice amministrativo adito non possa annullare, per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, il provvedimento amministrativo - quand'anche di natura discrezionale - qualora «l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dello stesso non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

La disposizione citata importa, quindi, che i provvedimenti sospensivi, adottati dagli ispettori del lavoro vicentini e sottoposti al vaglio del giudice veneziano, avrebbero dovuto conoscere, in realtà, un epilogo diverso dall'annullamento per mera violazione della norma sul procedimento prevista dall'art. 7 cit., considerato, tra l'altro, l'interesse sostanziale dagli stessi perseguito.

Questi, infatti, avrebbero dovuto, all'occorrenza, o essere annullati per eccesso di potere – essendo stati adottati sulla base dell'erronea valutazione circa la ricorrenza del presupposto previsto per la loro adozione dall'art. 14 cit. - oppure essere “salvati” dal giudice qualora l'amministrazione avesse dimostrato in giudizio l'esistenza effettiva del citato presupposto e che, conseguentemente, il loro contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato²⁶⁸.

Nel tentativo di porre riparo all'errore commesso - consistito nell'aver trascurato la sussumibilità della fattispecie sottoposta al vaglio sotto l'alveo dell'eccezione prevista, alla regola generale, dall'inciso iniziale dell' art. 7 cit - il T.A.R. veneziano, in una pronuncia di poco successiva²⁶⁹, si supera - nuovamente errando - affermando che «il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale [...] non sfugge all'applicazione delle norme di cui alla legge n. 241/1990, tra le quali l'art. 7 della stessa legge sulla comunicazione di avvio del procedimento, stante la possibilità per l'amministrazione procedente, in ipotesi di urgenza determinata dall'esigenza di evitare un pregiudizio alla salute ed all'incolumità delle persone, di adottare comunque provvedimenti cautelari, in assenza della suddetta comunicazione, ai sensi del comma 2 dello stesso art. 7 cit.».

²⁶⁸ A tal proposito, per onestà intellettuale si sottolinea che le sentenze, in quanto adottate in forma semplificata, non evidenziano se l'Amministrazione abbia omesso ovvero non sia stata in grado di provare la ricorrenza dei presupposti - e quindi, a cascata, la legittimità contenutistica del provvedimento sospensivo - oppure se il giudice abbia ritenuto non assolto l'onus probandi.

²⁶⁹ Cfr. T.A.R. Veneto, sez. III, 15 maggio 2008, 1391.

In sostanza, secondo il ragionamento del T.A.R. adito il provvedimento di sospensione adottato dalla D.p.l. competente doveva ritenersi illegittimo - e per questo è stato annullato - in quanto l'organo procedente non ha seguito l'*iter* delineato dal comma 2 del citato art 7 .

Secondo il giudice amministrativo, piuttosto che adottare immediatamente il provvedimento di sospensione, nella fattispecie (pur connotata dai caratteri di urgenza) si sarebbe dovuto procedere dapprima adottando il provvedimento cautelare/interinale del divieto di accesso nell'impresa (*rectius*, allontanamento) del presunto lavoratore irregolare – che comunque garantisce la sicurezza delle lavorazioni - e, successivamente, si sarebbe dovuto procedere provvedendo ad effettuare la comunicazione “posticipata” di avvio del procedimento che porta all'adozione della sospensione. Ciò in quanto, secondo il Collegio adito, l'art 7 cit. «*consente di assumere provvedimenti cautelari interinali per l'intervallo necessario a consentire la partecipazione*».

Il ragionamento esposto, seppur interessante *prime facie*, non convince però per due ordini di motivi.

In primo luogo non si capisce come sia giuridicamente concepibile la possibilità di adottare un provvedimento cautelare in via interinale (divieto di accesso o allontanamento del lavoratore irregolare) rispetto ad un provvedimento (quello di sospensione dell'attività imprenditoriale) anch'esso avente natura cautelare. Il T.A.R. si inventa, cioè, l'*agere* amministrativo cautelare della cautelare.

In secondo luogo, non può non rilevarsi che la *ratio* sottesa all'art. 7 cit. è costituita unicamente dal riconoscere in capo all'amministrazione la possibilità di omettere, in un primo momento, la comunicazione posticipandola ad un momento successivo – *id est*, dopo essere intervenuta in via cautelare - e non quella di implicitamente riconoscere in capo alla p.a. un generalizzato potere cautelare atipico, alla stregua, per intenderci, di quanto è previsto in favore del giudice amministrativo dall'art. 21, comma 8, della legge n. 1034 del 1971 (c.d. legge T.A.R.) ove però è *expressis verbis* stabilito che il giudice può provvedere alla «*emanazione di misure cautelari [...] che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*».

Si è visto²⁷⁰, infatti, che i poteri della pubblica amministrazione - a differenza di quelli giurisdizionali - devono essere tipici e prevedibili in base al principio di legalità (*rectius*, democraticità dell'azione amministrativa), per cui non è ammissibile né un riconoscimento implicito di poteri amministrativi - come si avrebbe nella fattispecie - né il riconoscimento in via espressa di un potere talmente generico che, nella sostanza, altro non costituirebbe se non la mera elusione del principio di legalità medesimo²⁷¹.

Ne deriva, conseguentemente, che alcun potere di allontanamento in via interinale poteva essere esercitato nell'occasione dall'organo ispettivo procedente, attesa l'assenza di una espressa previsione legislativa in tal senso.

Le acquisizioni critiche raggiunte sono state fatte proprie, invece, da una recente sentenza del T.A.R. meneghino²⁷², il quale ha avuto modo di mettere in risalto che il legislatore ha derogato alla regola generale di cui all'art 17, comma 1, lett. b) del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 - che attribuisce ai dirigenti preposti agli uffici il potere di adottare provvedimenti amministrativi - perché nel caso del provvedimento di sospensione sussiste una «*urgenza*» che «*è insita nella loro stessa funzione*», sicché «*non ha rilievo, contrariamente a quanto sostenuto in giurisprudenza (cfr. T.A.R. Veneto, sez. III, 15/05/2008, n. 1391), il mancato inoltro dell'avviso di avvio del procedimento: quando l'urgenza è insita nel provvedimento, la p.a. può anche non provvedere a tale incumbente, senza che sia necessaria in proposito alcuna particolare motivazione specifica. In ogni caso, trattandosi di atto*

²⁷⁰ Cfr. par. I, cap. I, sez. I.

²⁷¹ Deve essere detto, a tal proposito, che la soluzione prospettata dal T.A.R. Veneto trovava in realtà un avallo nella Direttiva c.d. Sacconi (Direttiva del Ministro del Lavoro datata 18 settembre 2008) ove si prevedeva la possibilità di un intervallo temporale, tale da consentire appunto l'adozione del provvedimento interinale di allontanamento, tra l'accertamento dell'irregolarità e l'adozione del provvedimento sospensivo. Ivi era previsto, infatti, che «*si ritiene che la sospensione possa essere adottata normalmente con decorrenza dalle ore 12 del giorno successivo*». Previsione quest'ultima, però, che non essendo prevista a livello legislativo non aveva altra natura che di indirizzo meramente programmatico.; sia, come detto, in alcuni orientamenti dottrinari - D. PAPA, *Il potere di sospensione dell'attività imprenditoriale dopo il correttivo al T.U.*, in *www.adapt.it* - che espressamente ipotizzavano la possibilità del mero allontanamento del lavoratore irregolare, tralasciando di indicare, però, il fondamento legale di tale potere. Ne è riprova la circostanza che solo nell'ipotesi in cui il lavoratore irregolare sia anche un immigrato clandestino, assumendo la sua presenza nel territorio rilevanza penale, è possibile allontanarlo dal luogo di lavoro, e ciò intanto è possibile in quanto venga formalmente sottoposto in stato di arresto in flagranza.

²⁷² Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 9 gennaio 2009, n. 2.

vincolato il cui contenuto è predeterminato dalla legge, è applicabile alla fattispecie l'art. 21 octies, comma secondo, della legge 7 agosto 1990, n. 241»²⁷³.

Ma le sentenze del T.A.R. veneziano e di quello meneghino non hanno in sé nulla di veramente originale se non per comprendere l'assurdità della disposizione di cui all'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 14 del Testo Unico, che testualmente recita: «*ai provvedimenti del presente articolo non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241*».

E' accaduto, infatti, che il legislatore, spinto dalla necessità di evitare che gli indirizzi pretori, sebbene differenti, del Tribunale amministrativo veneziano e di quello meneghino - in merito alla applicazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990 al provvedimento sospensivo - fossero fatti propri da altri giudici amministrativi, è intervenuto con la disposizione appena citata approntando, a parere di chi scrive, "una cura peggiore della malattia".

Al di là della riflessione che le citate vicende processuali, se avessero avuto il tempo richiesto dalla giustizia, avrebbero trovato la propria soluzione nella diversa e più opportuna sede, ossia dinanzi al Consiglio di Stato in sede di appello, quel che realmente preme evidenziare è che aberranti sono le conseguenze che potrebbero delinarsi a seguito del suddetto intervento normativo.

In prima battuta, l'esclusione *tranchant* dell'applicazione della legge n. 241/1990, pur non incidendo, automaticamente, sulla natura del provvedimento sospensivo - che è e resta misura amministrativa a finalità cautelare non potendosi comunque ammettere una conversione automatica della stessa in misura esclusivamente sanzionatoria non condividendone le finalità - importa, per assurdo, la creazione di un *vulnus* normativo.

Si vuole in sostanza sottolineare che non essendo più cogenti *in toto* le disposizioni procedurali dettate dalla legge n. 241/1990 e non essendo allo stesso tempo applicabili quelle di cui alla legge n. 689/1981 - non avendo la sospensione natura di sanzione amministrativa pecuniaria così come richiesto dagli art. 12 e 13 e

²⁷³ In tema di provvedimenti amministrativi che in quanto urgenti non necessitano di essere preannunciati può citarsi, a titolo esemplificativo, il caso del provvedimento di espulsione adottato dal Prefetto ai sensi del T.U. sull'immigrazione (D.lgs. n. 286/1998) rispetto al quale è pacifico che non debba applicare l'avvio di avvio.

ss. della legge²⁷⁴ - non si comprende quale sia, ad oggi, la disciplina generale di riferimento²⁷⁵.

Ma ancor più grave si palesano gli scenari se si considerano, singolarmente, gli istituti giuridici disciplinati dalla legge n. 241/1990 la cui applicazione viene esclusa *in toto* dal recente Testo Unico.

Oltre, infatti, alla disposizione di cui all'art. 7 cit., potrebbe innanzitutto sostenersi che *l'iter* procedimentale che porta all'adozione del provvedimento di sospensione non sia soggetto alla disciplina prevista in materia di diritto di visione e di accesso agli atti del procedimento, rispettivamente previsti agli art. 10, lettera a), ed agli articoli 22 e seguenti, della legge n. 241/1990.

Si vuole sottolineare, in sostanza, che stando alla lettera della norma di cui all'art. 14 del citato testo unico, tutti gli atti investigativi prodromici alla sospensione devono ritenersi esclusi dal diritto di ostensione del datore di lavoro (si pensi, in particolare, alle dichiarazioni rilasciate dai lavoratori in merito alla regolarità ed alla tempistica dell'assunzione²⁷⁶).

Alla luce anche di ciò, come si vedrà²⁷⁷, i recenti approdi giurisprudenziali del Consiglio di Stato, volti, attraverso la disapplicazione dell'art. 2 del D.m. 24 novembre 2004, n. 757 - recante «*Regolamento concernente le categorie di*

²⁷⁴ L'art. 12 della L. n. 689/1981 espressamente prevede, infatti, che «*le disposizioni di questo Capo*» - concernente i principi generali delle sanzioni amministrative - «*si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari*»; mentre il successivo art 13, stabilisce che «*gli organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro possono, per l'accertamento delle violazioni di rispettiva competenza, assumere informazioni e procedere a ispezioni di cose e di luoghi diversi dalla privata dimora, a rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ad ogni altra preparazione tecnica*». Alla stessa stregua gli articoli seguenti.

²⁷⁵ D'altronde, come evidenziato in precedenza, la connessa somma di 2500 euro imposta, ai fini del ritiro dell'atto interdittivo, all'azienda sospesa, ha natura di onere economico accessorio e non di misura sanzionatoria, come opportunamente precisato, in tempi non sospetti, dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale con la circolare n. 24/2007, ed oggi dalla nuova dizione normativa.

²⁷⁶ Sul tema si rinvia sia al par. II, cap. II, della sez. I, sia interamente al cap. I della sez. II. In entrambe le sedi indicate si è visto, infatti, che la prima attività che viene compiuta dall'organo di vigilanza è l'identificazione dei lavoratori rinvenuti intenti al lavoro e l'acquisizione delle informazioni necessarie all'accertamento, tra l'altro, della verifica della regolare costituzione del rapporto di lavoro e del momento di instaurazione dello stesso.

²⁷⁷ Il tema sarà affrontato approfonditamente oltre nel cap. I della sez. II.

documenti formati o stabilmente detenuti dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale sottratti al diritto di accesso» – a garantire l’ostensione delle dichiarazioni rilasciate dai lavoratori, devono essere rimeditati con riferimento al procedimento amministrativo che porta all’adozione del provvedimento di sospensione. Tale ultima norma, infatti, dispone alla lettera c) del comma 1 che sono sottratti al diritto di accesso i «documenti contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi».

Ebbene, come accennato, gran parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato si era mostrata, già prima dell’entrata in vigore della legge n. 15/2005, orientata nel ritenere che, nel bilanciamento tra diritto di accesso ai documenti e il diritto alla riservatezza dei terzi, deve essere accordata la prevalenza del primo se l’istanza di accesso è correlata alla cura o alla difesa specifica di interessi giuridici del richiedente²⁷⁸.

²⁷⁸*Ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, sentenza n. 65/1999; Id., sez. V, n. 518/1999; Id., sez. VI, n. 5814/2002; Id., sez. VI, 5110/2002; Id., sez. VI, n. 5362/2004. Di recente, Cons. St., sez. VI, n. 7389 del 2006, ove testualmente si legge che «l’art. 2, comma 1, lett. c) D.M. 4 novembre 1994, n. 757, che sottrae al diritto di accesso le dichiarazioni rese dai lavoratori in occasione di indagini ispettive a carico del loro datore di lavoro fino a quando non sia cessato il rapporto, si pone in palese contrasto con l’art. 24 della L. 7 agosto 1990, n. 241, per il quale il diritto alla riservatezza recede di fronte al diritto di difesa, e pertanto deve essere disapplicato in virtù del principio generale secondo il quale, nel conflitto fra due norme diverse, occorre dare preminenza a quella legislativa rispetto alla norma regolamentare ogni volta che questa precluda l’esercizio di un diritto soggettivo». Nella stessa direzione, seppur con riferimento alle denunce ed agli esposti, si veda Cons. St., sez. VI, n. 3601/2007, ove viene statuito che «colui il quale subisce un procedimento di controllo o ispettivo ha un interesse qualificato a conoscere integralmente tutti i documenti amministrativi utilizzati nell’esercizio del potere di vigilanza, a cominciare dagli atti d’iniziativa e di preiniziativa, quali, appunto, denunce o esposti. Allorché l’immediata comunicazione del nominativo del denunciante possa riflettersi negativamente sullo sviluppo dell’istruttoria, può giustificarsi un breve differimento del diritto di accesso, non certo il diniego del diritto alla conoscenza degli atti quando ormai il procedimento ispettivo-disciplinare si è definitivamente concluso. Il diritto alla riservatezza non può essere invocato quando la richiesta di accesso ha ad oggetto il nome di coloro che hanno reso denunce o rapporti informativi nell’ambito di un procedimento ispettivo. La denuncia o l’esposto, invero, non può considerarsi un fatto circoscritto al solo autore e all’Amministrazione competente al suo esame ed all’apertura dell’eventuale procedimento, ma riguarda direttamente anche i soggetti “denunciati”, i quali ne risultano comunque incisi. Nell’ordinamento delineato dalla L. n. 241/1990, ispirato ai principi della trasparenza, del diritto di difesa e della dialettica democratica, ogni soggetto deve poter conoscere con precisione i contenuti e gli autori di esposti o denunce che, fondatamente o meno, possano costituire le basi per l’avvio di un procedimento ispettivo o sanzionatorio, non potendo la p.a. procedente opporre all’interessato esigenze di riservatezza, foss’anche per coprire o difendere il denunciante da eventuali reazioni da parte del denunciato, le quali, comunque, non sfuggirebbero al controllo dell’autorità giudiziaria».

In conclusione, l'espressa esclusione *in toto* dell'applicabilità della legge n. 241/1990 non consente più di poter riconoscere il diritto all'ostensione agli atti ispettivi.

Ma la situazione creata diventa addirittura "drammatica" se si pensa all'inapplicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, in tema, rispettivamente, di revoca, in via di autotutela amministrativa, del provvedimento sospensivo, e di annullamento d'ufficio dello stesso²⁷⁹. La possibilità di procedere alla revoca e all'annullamento d'ufficio, *ex lege* n. 241/1990, del provvedimento di sospensione – la prima da non confondere con la revoca della sospensione *ex lege* n. 81/2008 per intervenuta regolarizzazione dei lavoratori²⁸⁰ - era stata ragionevolmente più volte fatta propria dal Ministero del lavoro e della Previdenza sociale²⁸¹.

Sul fronte strettamente processuale, inoltre, un fortissimo passo indietro deriva dall'inapplicabilità della disposizione prevista dal comma 2 dell'art. 21 *octies*, cit. Quest'ultima, seppur molto discussa con riferimento alla sua formulazione, costituisce, a parere di chi scrive, una recente significativa conquista giuridica perché, nell'ottica della trasformazione del processo amministrativo da giudizio sulla legittimità formale dell'atto a giudizio sul rapporto, tende a garantire agli interessi pubblici e privati, come la sicurezza sui luoghi di lavoro, una giustizia "piena", completa, e soprattutto satisfattiva.

²⁷⁹ E' noto che le disposizioni richiamate dispongono, rispettivamente, che: «*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*»; e che «*il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21 octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*».

²⁸⁰ Quest'ultima, infatti appartiene più propriamente - come evidenziato da T.A.R. Lombardia, Milano, sez.III, 9 gennaio 2009, n. 2. - alla categoria della rimozione in quanto non presuppone un giudizio di illegittimità od inopportunità del provvedimento sul quale va ad incidere.

²⁸¹ Il riferimento è alle già citate circolari n. 29/2006 e lettera circolare 22 agosto 2007 del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, ove veniva espressamente affermato che «*resta comunque inalterata la possibilità della Direzione provinciale del lavoro, di revocare il provvedimento di sospensione in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21 quinquies e 21 nonies della L. n. 241/1990*».

L'inapplicabilità di quest'ultima, invece, potrebbe creare enormi problemi nell'ipotesi in cui il provvedimento di sospensione sia stato adottato in assenza dei presupposti di legge.

Si pensi al caso in cui l'ordine sospensivo sia stato adottato dagli organi ispettivi della D.p.l. sulla base dell'accertamento-segnalazione proveniente dagli ispettori di vigilanza degli istituti previdenziali e assicurativi (ai sensi del comma 1 dell'art 14 cit²⁸²) ma il datore di lavoro dimostri che nelle more tra l'invio della segnalazione e l'adozione del provvedimento aveva già provveduto a regolarizzare la posizione dei lavoratori. In tale ultima ipotesi, pur essendo il provvedimento viziato *ab origine*, non sarebbe possibile, per porre riparo alla situazione creatasi, l'adozione di un atto di autotutela amministrativa²⁸³.

²⁸² Ove è testualmente previsto che «*gli organi di vigilanza del Ministero del Lavoro, anche su segnalazione delle amministrazioni pubbliche secondo le rispettive competenze, possono adottare...*».

²⁸³ Non si comprende, al riguardo, come possa la dottrina – PAPA, *Il potere di sospensione*, cit., 6 - insistere nel affermare che «*in tali ipotesi sarebbe dunque necessaria l'emanazione, da parte dell'organo di vigilanza che ha emanato il provvedimento, di un atto di autotutela*» quando l'applicazione della legge n. 241/1990 viene *in toto* esclusa espressamente dal TU.

IV) La recentissima sentenza della Corte Costituzionale n. 310 del 5 novembre 2010.

Un discorso a parte deve essere svolto, invece, con riferimento all'obbligo di motivazione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriali.

Stando, infatti, alla lettera della norma di cui all'art. 14 del citato testo unico, dovrebbe ritenersi, in linea generale, che il provvedimento di sospensione delle attività imprenditoriali non sia soggetto (anche) al disposto di cui all'art. 3 della legge n. 241 del 1990, con la conseguenza che lo stesso non dovrebbe essere dettagliatamente motivato e, quindi, accompagnato dall'indicazione dei «*presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione*» dell'organo di vigilanza «*in relazione alle risultanze dell'istruttoria*».

Sicché, in ultima analisi, l'ispettore di turno potrebbe limitarsi ad indicare, in sede di redazione del provvedimento di sospensione, il mero riscontro della condizione prevista dall'art. 14 del citato T.U. ai fini della sospensione dell'attività imprenditoriale ispezionata, senza descrivere *l'iter* attraverso il quale è giunto a tale conclusione, senza cioè indicare le risultanze constatate in punto di fatto, ossia l'accertamento dell'inadempimento alle formalità previste dalle leggi di settore in materia di assunzione con riferimento ai lavoratori rinvenuti intenti al lavoro (e cioè l'omissione della comunicazione unica *on line*, al competente Centro per l'impiego, di assunzione degli stessi)²⁸⁴.

Tale scontata conclusione, tuttavia, deve essere riveduta a seguito della recentissima sentenza della Corte Costituzionale n. 310 del 5 novembre 2010²⁸⁵.

E' accaduto, infatti, che il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria ha sollevato, in riferimento agli articoli 97, primo comma, 24 e 113 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 nella parte in cui prevede che «*ai provvedimenti del presente articolo non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 e, segnatamente, nella parte in cui esclude l'applicazione al*

²⁸⁴ Elementi che invece continueranno ad essere riportati nei verbali di contestazione/notificazione di illecito amministrativo e di irrogazione delle sanzioni amministrative ai sensi della Legge n. 689/1981.

²⁸⁵ Corte Costituzionale sentenza 5 novembre 2010 n. 310 in www.giurcost.it.

provvedimento di sospensione dell'art. 3 comma 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241».

Ad avviso del Collegio rimettente, infatti, l'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi – di cui all'art. 3, comma 1, della legge n. 241 del 1990 – è espressione di un principio generale, attuativo sia dei canoni di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 97 Cost., sia di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa contro gli atti della stessa pubblica amministrazione, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.

Di più, il suddetto obbligo è principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei, desumibile dall'art. 253 del Trattato sull'Unione europea (oggi art. 296, comma 2, del Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'Unione europea, ratificato dall'Italia con legge 2 agosto 2008, n.130, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009), che lo estende addirittura agli atti normativi.

Secondo le condivisibili conclusioni del giudice *a quo*, i principi d'imparzialità e di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., esigerebbero, in sostanza, che quando l'interesse pubblico si fronteggia con un interesse privato, l'amministrazione debba dare conto, attraverso la motivazione, di aver ponderato gli interessi in conflitto. In altri termini, in caso di provvedimenti discrezionali, la motivazione costituisce lo strumento principe a mezzo del quale effettuare il controllo di legittimità dell'atto, consentendo al giudice il sindacato sull'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa e sulla ricorrenza dei presupposti del potere in concreto esercitato.

Come detto, in data 5 novembre 2010, la Corte Costituzionale ha affrontato la questione di legittimità sollevata ritenendola fondata nel merito.

In via preliminarmente deve tuttavia sottolinearsi che la Corte non si è minimamente soffermata sulla problematica concernente la natura provvedimentoale o sanzionatoria dell'atto sospensivo *de quo*.

Essa, infatti, ha attribuito implicitamente alla sospensione natura di provvedimento amministrativo.

Ciò posto, come detto la Corte ha concluso che la disposizione censurata non è conforme ai parametri costituzionali invocati in quanto attraverso la disposizione prevista dall'art. 14 cit. vengono «*elusi i principi di pubblicità e di trasparenza*

dell'azione amministrativa, pure affermati dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990, ai quali va riconosciuto il valore di principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.; sul principio di pubblicità, sentenza n. 104 del 2006, punto 3.2 del Considerato in diritto). E resta altresì vanificata l'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa, anch'essa intrinseca ai principi di buon andamento e d'imparzialità, esigenza che si realizza proprio attraverso la motivazione, in quanto strumento volto ad esternare le ragioni e il procedimento logico seguiti dall'autorità amministrativa. Il tutto in presenza di provvedimenti non soltanto a carattere discrezionale, ma anche dotati di indubbia lesività per le situazioni giuridiche del soggetto che ne è destinatario».

Ed è in ragione di tali considerazioni, dunque, che è stata «dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2008, come sostituito dall'art. 11, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 106 del 2009, nella parte in cui, stabilendo che ai provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale previsti dalla citata norma non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, esclude l'applicazione ai medesimi provvedimenti dell'art. 3, comma 1, della citata legge n. 241 del 1990».

In conclusione, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 14 cit. appena riportata, deve ritenersi che il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriali non sia soggetto alla disciplina dei cui alla legge n. 241 del 1990, salvo per ciò che concerne l'obbligo, da parte degli ispettori del lavoro, di motivare le ragioni di fatto e di diritto che hanno portato all'adozione di siffatto provvedimento.

CAPITOLO II

Il diritto dei datori di lavoro alla *discovery* delle dichiarazioni rese dai lavoratori agli organi di vigilanza: la prevalenza del principio del contraddittorio sulla riservatezza dei lavoratori

1) Il diritto alla visione degli atti della pubblica amministrazione.

Lo studio del rapporto tra riservatezza e accesso agli atti della p.a., ed in particolare l'analisi dei limiti all'ostensione degli atti dell'accertamento ispettivo in materia di lavoro, richiede che preliminarmente si svolgano alcuni cenni sull'istituto disciplinato agli artt. 10, da un lato, e 22 e seguenti, dall'altro, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla legge 18 giugno 2009, n. 69).

In via generale può definirsi, senza alcuna pretesa esaustiva, che l'accesso è il diritto degli interessati a prendere visione e ad estrarre copia di documenti amministrativi.

E per questo, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, volte a favorire la partecipazione degli interessati e ad assicurare l'imparzialità e la trasparenza della pubblica amministrazione, che il legislatore del 2009 ha espressamente rafforzato il regime giuridico dell'accesso agli atti qualificandolo come principio generale dell'attività amministrativa.

Si è già visto, inoltre, che la legge n. 241/1990 riconosce, in capo sia a partecipanti al procedimento che ai terzi estranei allo stesso, alcuni diritti, e tra questi vi rientra sia quella di cui agli artt. 22 e ss cit. sia quella contenuta all' art. 10 cit., ove è stabilito che ai soggetti interventori, necessari o eventuali, è riconosciuto «*il diritto di prendere visione*» degli atti del procedimento, salvo i limiti previsti dall'art. 24 della stessa legge.

In dottrina²⁸⁶ si distingue, infatti, nell'ambito del regime di ostensione degli atti della p.a., tra accesso ai documenti c.d. endoprocedimentale *ex art. 10 cit.* ed accesso c.d. esoprocedimentale *ex art. 22 e ss cit.*, in quanto solo il primo si caratterizza per l'essere strumentale al successivo esercizio dei diritti nell'ambito del procedimento pendente (ad esempio, la presentazione di memorie e documenti), mentre il secondo si caratterizza proprio per il fatto che non è direttamente collegato, ma anzi estraneo, all'*iter* procedimentale²⁸⁷.

²⁸⁶ In generale sul tema del diritto di accesso si segnalano in dottrina i contributi di: ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991; ARSÌ, *L'accesso ai documenti nelle recente giurisprudenza*, in *GDA*, 1996, 78; ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in *La trasparenza amministrativa* (a cura di) MERLONI, Milano, 2008, 29; ARENA, (a cura di) *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001, 29; BACOSI, *Accesso e privacy prima e dopo la riforma delle l. 241/1990: emblematico caso INAIL*, in *DP AMM.*, 2007, 358; BOMBARDELLI, *Diritto di accesso e tutela della privacy, commento a TAR Abruzzo, sez. Pescara, 5 dicembre 1997, n. 681*, in *GDA*, 1998, 535; BURLA-FRACCASTORO, *Il diritto di accesso ai documenti della pubblica amministrazione*, Roma, 2005; CARINGELLA, GAROFOLI, SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007; CENNICOLA, *Il diritto di accesso dopo la legge n. 15/2005*, in www.altalex.com; CHIRILLE, IACONO QUARANTINO, *Il diritto di accesso: questioni processuali*, Milano, 2008; CIMINI, *Accesso ai documenti amministrativi e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in *GC*, 2005, 407; CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *DP AMM*, 1996, 458; GAMBINO, *Il diritto di accesso. La nuova disciplina legislativa (l. n. 15 del 2005) alla luce della revisione costituzionale del titolo V*, in www.federalismi.it; GIOVAGNOLI, FRATINI, *Il diritto di accesso: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2008; ITALIA, DELLA TORRE, PERULLI, ZUCCHETTI, *Privacy e accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 1999; LAINO, *L'accesso ai documenti amministrativi tra apertura giurisprudenziali e novità legislative*, in www.lexitalia.it, 2005, n.2; LAPERUTA, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso agli atti: commento alla L. 7 agosto 1990, n. 241 come modificata dalla L. 18 giugno 2009, n. 69*, Rimini, 2009; LASALVIA, *L'accesso agli atti delle pubbliche amministrazioni: con le ultime novità delle leggi 11 febbraio 2005 n. 15, 14 maggio 2005, n. 80 e del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195*, Roma, in *EPC*, 2006; MARIANI, *Il diritto di accesso dopo la riforma dell'azione amministrativa*, Torino, 2005; MARZUOLI, *La riforma del diritto di accesso. Nuovi limiti e nuove garanzie, atti della Conferenza Permanente del 25 febbraio 2005*, in www.consiglio.regione.toscana.it; MAZZAMUTO, *La tutela del segreto ed i controinteressati al diritto di accesso*, in *DP AMM*, 1995, 96; MAZZAMUTO, *Sul diritto di accesso nella legge 241 del 1990*, in *FA*, 1992, 1571; MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, Padova, 1998; M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie ed ai documenti amministrativi*, in *EdD, Agg.*, IV, 2000; TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa. Commento alla legge n. 241/1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, Padova, 2005

²⁸⁷ Sulla distinzione tra diritto di visione e diritto di accesso ai documenti amministrativi si segnalano in dottrina i seguenti contributi: BERTONAZZI, *Note sulla consistenza del c.d. diritto di accesso e sul suo regime sostanziale e processuale: critica alle decisioni n. 6 e 7 del 2006 con cui l'Adunanza plenaria, pur senza dichiararlo apertamente e motivatamente, opta per la qualificazione della pretesa estensiva in termini di interesse legittimo pretensivo, in continuità con la decisione n. 16 del 1999*, in *DP AMM*, 2007, 165; CARPENTIERI, *La legittimazione all'accesso: una questione non ancora chiarita*, in *FA*, 1995, 1359; CIAMMOLA, *La legittimazione ad accedere ai documenti amministrativi (prima e dopo la l. 11 febbraio 2005 n.15)*, in *FA-TAR*, 2007, 1181; CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *DP AMM.*, 1996, 430; FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *DP AMM.*, 1994, 257; OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo il codice della privacy*, in *FI*, 2004, III, 510; OCCHIENA, *Diritto di accesso, sua natura camaleontica e adunanza plenaria 6/06*, in *FI*, 2006, III, 378.

La distinzione è utile per evidenziare che diversi sono i presupposti soggettivi ed oggettivi che ne legittimano l'esercizio pur accomunandosi i due istituti, oltre che per il contenuto del diritto, ossia la conoscenza di atti, anche per i limiti all'ostensione degli stessi, stante quanto disposto dall'art. 10, ove è stabilito che l'interessato ha «*diritto di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24*».

Riguardo alla legittimazione soggettiva attiva, l'art. 10 cit. riconosce il diritto alla visione degli atti in favore innanzitutto di coloro che sono destinatari della comunicazione di avvio (c.d. interventori necessari) perché «*soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti*».

Secondo il disposto di cui all'art. 10 cit, insomma, il diritto alla conoscenza degli atti del procedimento inerisce esclusivamente alla qualifica di soggetto partecipe del procedimento, senza che sia necessaria un'ulteriore verifica caso per caso - come richiesta invece per il diritto di accesso esoprocedimentale - circa la titolarità in capo a questo di un'autonoma situazione legittimante, ovvero dell'interesse «*diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*», richiesto dall'art. 22 della legge n. 241/1990.

La riflessione è di importanza strategica perché il collegamento tra il diritto ad ottenere l'ostensione degli atti e la qualifica di parte procedimentale è utile per stabilire se l'accesso debba prevalere rispetto all'esigenza di riservatezza che faccia capo ad eventuali terzi²⁸⁸, almeno in relazione a quei documenti la cui conoscenza sia effettivamente necessaria alle parti per poter adeguatamente curare i propri interessi, ancor prima che in sede giurisdizionale, in via procedimentale²⁸⁹.

Il datore di lavoro, in quanto destinatario delle ordinanze-ingiunzioni irrogative delle sanzioni amministrative, ricade infatti appieno nell'ambito della categoria di «*soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti*».

La legittimazione di tale soggetto, infatti, è implicita nella qualità dallo stesso assunta rispetto all'esercizio del potere sanzionatorio.

²⁸⁸ Si pensi ad esempio alle dichiarazioni rese in sede di accesso ispettivo dai lavoratori agli ispettori del lavoro, la cui riservatezza si contrappone al diritto di difesa del datore.

²⁸⁹ SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 235.

Tutte le volte in cui l'istanza di accesso provenga da un soggetto la cui posizione giuridica sia già stata concretamente incisa da un provvedimento sanzionatorio, è sufficiente infatti - ai fini della legittimazione ad accedere ad atti e documenti formati nel relativo procedimento - che lo stesso dimostri la sua veste di destinatario del provvedimento finale, posto che, in tal caso, l'interesse giuridicamente rilevante risulta già normativamente qualificato dagli art. 9 e 10 della legge n. 241/1990²⁹⁰.

²⁹⁰ Così di recente il Cons. St., sez. VI, 13 aprile 2006, n. 2068. In precedenza, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 5 ottobre 2007, n. 4060 e, ancor prima, T.A.R. Lombardia, Brescia, 7 novembre 1991, n. 809.. In dottrina, sulla distinzione tra diritto di accesso (endoprocedimentale) agli atti del procedimento e diritto (esoprocedimentale) alla informazione amministrativa si veda, tra i tanti, M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, aggiornamento, Milano, 2001; VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1997, 119 e ss ; SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 234; A. PAIRE, *Alcuni rilievi giurisprudenziali intorno al diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 4, 1343; CARANTA, FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2001, 151.

II) L'accesso agli atti dell'ispezione nell'ambito di indagini di polizia giudiziaria.

Il riconoscimento in capo ai datori di lavoro oggetto di verifica ispettiva di poter accedere agli atti ispettivi, ed in particolare alle dichiarazioni spontanee rese dai lavoratori agli organi di vigilanza in occasione di visite ispettive, costituisce da sempre oggetto di un vivace dibattito dottrinario e giurisprudenziale²⁹¹.

Tuttavia, la disputa si è di recente nuovamente alimentata a seguito di alcune statuizioni, per lo più contraddittorie, dei giudici amministrativi di primo e secondo grado²⁹².

Prima ancora però di procedere all'analisi della questione specifica appena introdotta occorre preliminarmente evidenziare che costituisce punto fermo dello stato dell'arte il dato che il principio generale della trasparenza degli atti della p.a. subisca, a tutti i livelli, delle limitazioni. Tra queste vi rientrano, in particolare, quelle previste in via generale dalla stessa legge n. 241 del 1990, secondo la quale tutti i documenti amministrativi sono accessibili ad eccezione di quelli indicati all'art. 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6.

Tale ultima affermazione è utile per comprendere perché gli atti dell'accertamento possano essere esclusi dall'accesso al ricorrere di talune circostanze, tra le quali, senza destare particolari perplessità, anche l'ipotesi in cui la verifica - nel caso specifico l'ispezione del lavoro - conduca assunta rilevanza penale.

L'articolo 6, comma 1 e 2, del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124, «*Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di*

²⁹¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza 22 aprile 2008, n. 1842; Id., sentenza 25 giugno 2007, n. 3601; Id., sentenza 13 dicembre 2006, n. 7391; Id., sentenza 13 dicembre 2006, n. 7389; Id., sentenza 29 luglio 2004, n. 5632; Id., sentenza 1 ottobre 2002, n. 5110; Id., sentenza 22 ottobre 2002, n. 5814; Id., sentenza 18 novembre 2000, n. 6012; Id., sentenza 27 gennaio 1999, n. 65; Cons. St., sez. V, sentenza 5 maggio 1999, n. 518; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, sentenza 4 aprile 2008, n. 501; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, sentenza 4 aprile 2008, n. 497; TAR Lazio, Roma, sez. III-*quater*, sentenza 1 febbraio 2008, n. 900; TAR Lombardia, Brescia, sentenza 20 dicembre 2006, n. 1621; TAR Veneto, sentenza 27 aprile 2006, n.1130; TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, sentenza 11 febbraio 2006, n. 1031; TAR Veneto, sentenza 18 gennaio 2006, n. 301; TAR Liguria, sentenza 7 giugno 2002, n. 629; TAR Abruzzo, Pescara, sentenza 23 febbraio 2001, n. 198, tutte consultabili in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹² In particolare ci si riferisce a T.A.R. Abruzzo, sez. I, sentenza 11 aprile 2008 n. 403; T.A.R. Lazio, sez. III bis, sentenze nn. 5671/10, 5672/2010 e 6915/10; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, 2 febbraio 2010, n. 633; Cons. St., sentenze nn. 1842/08 e 736/09.

lavoro, a norma dell'articolo 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30», stabilisce, come visto, che «le funzioni di vigilanza in materia di lavoro e di legislazione sociale sono svolte dal personale ispettivo in forza presso le direzioni regionali e provinciali del lavoro» e che «il personale ispettivo di cui al comma 1, nei limiti del servizio cui è destinato e secondo le attribuzioni conferite dalla normativa vigente, opera anche in qualità di ufficiale di Polizia giudiziaria».

A differenza, infatti, del personale di vigilanza dell'INPS, dell'INAIL, dell'ENPALS e degli altri enti per i quali sussiste la contribuzione obbligatoria – la cui attività di controllo è rivolta esclusivamente alla verifica del rispetto degli obblighi previdenziali e contributivi, e per il quale è espressamente previsto, al comma 3, che *«nell'esercizio delle funzioni non compete la qualifica di ufficiale o di agente di Polizia giudiziaria»* - il personale ispettivo del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale esercita, nei limiti del servizio a cui è destinato, e secondo le attribuzioni ad esso conferite dalle singole leggi e dai regolamenti, le funzioni di polizia giudiziaria previste dall'art. 55 del c.p.p.

In sostanza, relativamente all'ambito esclusivo del diritto del lavoro e della legislazione sociale, l'ispettore del lavoro *«deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale»* (art. 55 c.p.p.).

Sebbene le fattispecie di illecito aventi rilevanza penale siano abbastanza marginali nell'ambito della tutela pubblica del lavoro e della previdenza sociale, data la generale “depenalizzazione” che essa ha conosciuto nel corso degli ultimi anni, residuano tuttora, come sottolineato in dottrina²⁹³, ipotesi rispetto alle quali l'ordinamento ha inteso riservare un presidio penale. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi di somministrazione illecita di manodopera; a quella di impiego di manodopera minorile; al divieto di controllo a distanza dell'attività lavorativa; al delitto di occupazione di lavoratori stranieri privi di permesso di soggiorno; alle fattispecie di reato introdotte dal recente Testo unico in materia di

²⁹³ PARISI, *Accesso agli atti dell'ispezione e tutela dei lavoratori*, in *Guida al lavoro*, 2006, 25, 30.

salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (d.lgs. 80/2008); ed infine, all'omesso versamento della c.d. quota contributiva a carico dei lavoratori.

Ne deriva, conseguentemente, che rispetto ad accertamenti caratterizzati dalla ricorrenza delle citate ipotesi di reato, il funzionario ispettivo deve - in quanto aventi allo stesso tempo anche natura di indagine giudiziaria - dare priorità assoluta alla segretezza dell'istruttoria penale. Una volta riscontrata l'integrazione della fattispecie penale, deve cioè limitarsi a trasmettere immediatamente la *notitia criminis* all'autorità giudiziaria penale, che costituisce l'unico soggetto titolare dell'azione penale competente a valutare se consentire o meno all'interessato la visione di atti coperti da segreto istruttorio²⁹⁴.

In tal senso depongono, rispettivamente, gli artt. 329 e 116 del codice di procedura penale, secondo cui, in deroga alla normativa generale, «*gli atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari*», e che «*durante il procedimento e dopo la sua definizione, chiunque vi abbia interesse può ottenere il rilascio a proprie spese di copie, estratti o certificati di singoli atti. Sulla richiesta provvede il pubblico ministero o il giudice che procede al momento della presentazione della domanda ovvero, dopo la definizione del procedimento, il presidente del collegio o il giudice che ha emesso il provvedimento di archiviazione o la sentenza*»²⁹⁵.

E' bene precisare, tuttavia, che non ogni atto di denuncia di reato presentato da una pubblica amministrazione all'autorità giudiziaria rientra di per sé solo

²⁹⁴ In tal senso Cons. St., sez. IV, sentenza 13 dicembre 2006, n. 7391, in *Guida al lavoro*, 2007, 3, 39, con nota di SANTORO, *Accesso ai verbali ispettivi: inammissibile in materia penale*.

²⁹⁵ *Ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 9 marzo 2004, n. 2780, secondo il quale «in punto di diritto, va rilevato che l'art 24, comma 1 ultima parte, della legge 241/1990 dispone l'esclusione del diritto di accesso nei casi di "segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsti dall'ordinamento", tra i quali rientra il segreto istruttorio di cui all'art 329 c.p.p. In particolare, gli articoli 329 e 114 del codice di procedura penale disciplinano il regime del segreto degli atti delle indagini preliminari e i relativi divieti di pubblicazione e divulgazione, prevedendo limiti e tempi diversi a seconda del tipo di atto e delle garanzie difensive per esso previste. In virtù di detti divieti la pubblica amministrazione che ha formato l'atto divenuto oggetto di sequestro è vincolata al regime di segretezza e perciò non può rilasciare copia degli atti appresi dall'autorità giudiziaria penale (art 114 c.p.p.). Ciò peraltro non significa che il singolo che abbia interesse alla conoscenza di quegli atti sia sprovvisto di tutela, poiché l'ordinamento prevede che egli possa ottenerne copia dall'autorità giudiziaria penale (art 116 c.p.p.), senza che ciò faccia venir meno il divieto di pubblicazione di cui al sopra citato art 114 c.p.p.; la norma, nell'evidente finalità di contemperare le ragioni della giustizia penale con le ragioni del singolo, attribuisce la competenza a decidere sulla domanda all'autorità giudiziaria procedente (pubblico ministero o giudice) al momento della presentazione dell'istanza».

nell'ambito degli atti coperti da segreto istruttorio penale, come tali sottratti all'accesso "amministrativo", in quanto se la predetta comunicazione proviene da una pubblica amministrazione nell'esercizio di funzioni istituzionali aventi natura esclusivamente amministrativa (perché, ad esempio, proveniente da un funzionario dell' I.N.P.S.), non si ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 329, c.p.p., che presuppone, come detto, l'esercizio di funzioni di polizia giudiziaria²⁹⁶.

Ciò posto, aspetti di criticità emergono, invece, nell'ipotesi in cui l'istanza di accesso abbia ad oggetto atti – quali, ad esempio, le dichiarazioni rese dai lavoratori²⁹⁷ agli organi di vigilanza in sede di accesso - che nell'ambito dello stesso procedimento ispettivo acquistano valenza sia amministrativa che di indagine di polizia giudiziaria.

Vi sono accertamenti, infatti, che possono portare allo stesso tempo e nei confronti della stessa persona – nella fattispecie, il datore di lavoro - al contemporaneo accertamento di più violazioni aventi diversa natura.

In particolare, non è rara l'ipotesi in cui si riscontrano contemporaneamente sia violazioni penalmente sanzionate, sicché l'ispettore, assumendo la qualifica di organo di polizia giudiziaria, è sottoposto al regime giuridico suindicato, sia violazioni meramente amministrative, rispetto alle quali, quindi, non dovrebbero esserci ostacoli al riconoscimento del diritto all'ostensione.

Deve precisarsi, tuttavia, che l'eventuale istanza di accesso presentata dal datore di lavoro in tali evenienze pone la questione di dover scindere, ove possibile, gli atti aventi rilevanza penale da quelli aventi, di contro, risalto meramente amministrativo.

Ed invero, nel caso contrario, ossia laddove lo stesso atto abbia con riferimento alla medesima vicenda complessivamente intesa entrambe le valenze, deve ritenersi che la disciplina generale dell'accesso di cui alla legge n. 241/1990 sia recessiva a fronte della necessità di tutelare il segreto istruttorio penale.

²⁹⁶ In tal senso, Cons. St., sez. VI, sentenza 13 dicembre 2006, n. 7391 in *www.giustizia-amministrativa.it*. In tale ultima ipotesi, infatti, l'atto conserva la sua natura prettamente amministrativa perché formato da personale che, in quanto non titolare di funzioni di polizia giudiziaria, non è competente all'accertamento di reati. In via approssimativa, può affermarsi che in tali circostanze la comunicazione è come se provenisse da un privato: ossia non riveste il ruolo di *notitia criminis* - che nel gergo tecnico è denominata «comunicazione di notizia di reato», c.d. C.N.R. – ma di mera denuncia.

²⁹⁷ Relativamente all'oggetto delle dichiarazioni che vengono abitualmente assunte dagli ispettori del lavoro vedi *infra*.

Concludendo, ciò che vuole essere evidenziato è che il combinato disposto degli articoli 329 c.p.p. e 24 cit. determina l'inaccessibilità agli atti accertativi di natura amministrativa che essi siano intimamente connessi ad atti istruttori aventi rilevanza penale²⁹⁸.

²⁹⁸ SANTORO, *Accesso ai verbali ispettivi: inammissibile in materia penale, cit.*, 40.

III) Il regime giuridico in materia di accesso agli atti ispettivi ante e post legge n. 15 del 2005²⁹⁹.

Lo scenario delineato si complica però notevolmente se si volge lo sguardo al regime giuridico degli atti ispettivi aventi rilevanza esclusivamente amministrativa.

In primis occorre muovere dall'articolo 12, comma 11, del Decreto direttoriale 20 aprile 2006 del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, recante «*Codice di comportamento degli ispettori del lavoro*», ove è stabilito che «*nessuna copia delle dichiarazioni deve essere rilasciata al lavoratore e/o al soggetto ispezionato in sede di ispezione e sino alla conclusione degli accertamenti. L'eventuale richiesta di accesso alle dichiarazioni deve essere rivolta direttamente all'Amministrazione*».

La citata disposizione si spiega agevolmente considerando che il titolare del “fascicolo ispettivo” non è il singolo ispettore che provvede ad effettuare la visita ispettiva o che istruisce l'accertamento bensì l'Ufficio a cui quest'ultimo appartiene, ovvero nella fattispecie, la Direzione provinciale del lavoro (D.P.L.) presso la quale l'ispettore è addetto, sicché eventuali richieste di estrazione di copia delle dichiarazioni devono essere presentate direttamente all'Amministrazione che provvederà secondo legge.

Tale ultima osservazione richiama allo stesso tempo la necessità di esporre i riferimenti normativi essenziali, rispetto ai quali assumono particolare importanza le modifiche recentemente apportate dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15.

Precedentemente a quest'ultimo intervento normativo, infatti, il regime giuridico dei casi di esclusione del diritto di accesso agli atti ispettivi conosceva un certo ordine - logico e soprattutto giuridico – sotto il profilo della gerarchia delle fonti.

Più precisamente, il previgente testo dell'articolo 24 cit., da un lato, escludeva l'accesso con riferimento ai documenti coperti da segreto di Stato o da divieto di divulgazione «*altrimenti previsti dall'ordinamento*» (trattasi, quest'ultimi, di divieti riconducibili a situazioni di segreto che, pur non costituendo *strictu sensu* segreto di Stato, pur tuttavia, concernono notizie relative a fatti la cui tutela si coordina con la difesa dei segreti di Stato , propriamente detti, e tra questi: il segreto militare; il

²⁹⁹ Ai fini della presente ricerca si sottolinea che alcuna modifica è stata apportata dalla legge n. 69 del 2009 alla legge 241/1990 con riferimento ai limiti all'accesso agli atti amministrativi.

segreto industriale; il segreto commerciale; il segreto professionale; il segreto bancario; il segreto epistolare³⁰⁰); dall'altro, rinviava ad uno o più regolamenti governativi per la disciplina delle modalità di esercizio del diritto di accesso nei casi in cui vi fosse l' esigenza di salvaguardare, tra l'altro, la riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese, garantendo peraltro agli interessati sempre la visione degli atti la cui conoscenza era necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici.

A scalare, quindi, delegava alle singole pubbliche amministrazioni l'individuazione, con uno o più regolamenti ministeriali, delle categorie di documenti, da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità, sottratti all'accesso per le predette esigenze di riservatezza di cui al regolamento governativo. L'amministrazione poteva rifiutare motivatamente l'accesso solo sulla base delle previsioni contenute nei regolamenti, quello generale adottato dal Governo e quelli specifici adottati da ogni singola amministrazione³⁰¹.

In sintesi, i regolamenti ministeriali dovevano procedere all'individuazione dei tipi di atti da sottrarre all'accesso al fine di escludere ogni profilo di discrezionalità sul piano applicativo. Le previsioni regolamentari, infine, non potevano legittimamente né estendere né restringere i casi di esclusione del diritto di accesso.

E così, con riferimento all'ambito del diritto del lavoro, la riservatezza dei lavoratori era oggetto della combinata disciplina oltre che della legge n. 241/1990, sia del regolamento governativo di cui al d.P.R. 27 giugno 1992, n. 352 - che dettava, appunto, le modalità di esercizio dell'accesso, garantendo comunque e sempre all'istante la visione degli atti necessari per curare o difendere interessi giuridici – sia, infine, del regolamento del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale adottato con decreto ministeriale 4 novembre 1994, n. 757, recante disciplina *«concernente le categorie di documenti formati o stabilmente detenuti dal Ministero*

³⁰⁰ Così, T.A.R. Puglia, Bari, 22 aprile 2004, 2031.

³⁰¹ CARANTA, FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005, 202.

del lavoro e della Previdenza sociale sottratti al diritto di accesso, ai sensi dell'articolo 24, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241»³⁰².

Nel rinviare al paragrafo successivo l'analisi puntuale del testo ministeriale, in questa sede ci si limita a segnalare che, come già affermato, mentre antecedentemente alla novella del 2005 vi era una ben delimitata linearità verticale nella gerarchia delle fonti, altrettanto non può più affermarsi, attualmente, in relazione all'articolato normativo statale vigente.

Nel riscrivere l'articolo 24, infatti, la citata legge di riforma n. 15 del 2005, da una parte, amplia lo spettro delle ipotesi in cui il diritto di accesso è escluso per motivi di segreto di Stato o di divieto di divulgazione, rinviando non solo, come in passato, ai casi espressamente previsti dalla legge, ma aggiungendo anche quelli individuati con regolamento governativo o dalle singole pubbliche amministrazioni con regolamento ministeriale; dall'altro, limita lo spazio di intervento in tal senso delle singole pubbliche amministrazioni, essendo le stesse oggi chiamate ad individuare esclusivamente quelle categorie di documenti - da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità - sottratti all'accesso per gli anzidetti motivi *«di segreto di Stato o di divieto di divulgazione»*.

La disciplina del rapporto tra accesso e riservatezza, infatti, viene oggi riservata in via esclusiva alla competenza dei regolamenti governativi da adottare ai sensi dell'art. 17, comma 2, della L 23 agosto 1988, n. 400. In tal senso dispone l'art. 24, comma 6, cit. ove è testualmente previsto che *«il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi [...] quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni»*.

Allo stesso tempo, resta tuttavia ancora fermo e vigente il principio per cui deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici (art. 24, comma 7, cit).

Sintetizzando, il raffronto dell'articolato normativo precedente con l'attuale segnala, *in parte qua*, che le modifiche più rilevanti si incentrano principalmente, da

³⁰² Anche gli Enti previdenziali, in ragione delle proprie competenze, hanno provveduto in tal senso con l'emanazione, rispettivamente, del provvedimento I.N.P.S. n. 1951 del 16 febbraio 1994 e del regolamento I.N.A.I.L. 13 gennaio 2000, n. 5.

un lato, sulla circostanza che le singole pubbliche amministrazioni sono autorizzate ad individuare le categorie di documenti sottratti all'accesso non più, come in precedenza, con riferimento alle esigenze di riservatezza – perché, come visto, la formulazione attuale dell'art. 24 cit. a differenza della precedente rinvia esclusivamente ad un regolamento di livello governativo - ma esclusivamente in relazione alle ipotesi previste dal comma primo in punto di segreto di Stato o di divieto di divulgazione; dall'altro, che nel caso in cui la conoscenza dell'atto è necessaria per curare o difendere interessi giuridici, all'interessato debba comunque essere garantito l'accesso pieno al documento, e non più, come antecedentemente, nella limitata forma modale della sola visione³⁰³.

In questa direzione si è collocata la recente pregevolissima statuizione del T.A.R. Emilia Romagna³⁰⁴ che, nell'affrontare la fattispecie sottoposta al vaglio, ha stabilito che *«prima delle recenti modifiche normative, l'art. 24 prevedeva, al comma 4, l'obbligo per le singole amministrazioni "di individuare, con uno o più regolamenti [...], le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso per le esigenze di cui al comma 2", tra le quali era compresa, alla lett. d), quella di salvaguardare "la riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese, garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici". Il nuovo testo dell'art. 24, come sostituito dall'art. 16, legge 11 febbraio 2005 n. 15, al comma 1 esclude il diritto di accesso solo: a) per i documenti coperti da segreto di Stato, e nei casi di segreto o di divieto*

³⁰³ L'ultima modifica evidenziata è scaturita dalla considerazione che la semplice visione dei documenti importa comunque una lesione agli interessi di riservatezza che si intende preservare, sicché la scelta che si impone è esclusivamente quella di consentire, o meno, *in toto* l'accesso all'atto. A tal proposito, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 14 novembre 2003, n. 7296, ove si legge che *«del resto, come già osservato dalla giurisprudenza (cfr. C.d.S., sez. IV, 26 ottobre 1999, n. 1627), il preteso scorporo della facoltà di esame del documento da quello di estrazione non sarebbe idoneo a tutelare nessuno dei confliggenti interessi in gioco: non quello – alla riservatezza – dei terzi, giacché il richiedente avrebbe, comunque, conoscenza del documento; non quello – alla difesa – del richiedente che, in mancanza della copia del documento, non potrebbe finalizzarne l'accesso ad un uso giuridico»*. La nuova regola, in realtà, è oggetto di un vivace dibattito, egregiamente riassunto da DI MARIO, *Accesso a fini difensivi e tutela dei dati personali non sensibili: superato in anticipo l'accesso parziale*, nota a Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2233, in *UA*, 2006, 8, 947. Secondo una prima tesi si tratta di una imprecisione che non travolge la vecchia distinzione tra visione ed estrazione di copia. Altra tesi, invece, afferma il definitivo superamento dell'accesso c.d. parziale. Una terza impostazione, infine, ritiene che la norma lascerebbe all'amministrazione il compito di trovare un contemperamento attraverso la schermatura dei dati riservati.

³⁰⁴ *Cfr.* T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sentenza 2 febbraio 2010, n. 633.

di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2; b) nei procedimenti tributari; c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione; d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi. In definitiva, con specifico riferimento ai rapporti tra accesso e riservatezza, la nuova disciplina contenuta nell'art. 24 della legge n. 241/1990, come sostituito dall'art. 16 della legge n. 15/2005, appresta al primo una tutela più ampia che in passato, sotto due distinti profili. Innanzitutto, l'individuazione dei casi in cui l'accesso può essere escluso per ragioni, tra l'altro, di riservatezza, può aver luogo solo con il regolamento governativo (comma 6, lett. d), mentre alle singole amministrazioni viene sottratta ogni potestà d'intervento in materia. In secondo luogo, mentre nell'originaria versione dell'art. 24, secondo quanto prevedeva il comma 2, lettera d), l'accesso a documenti riservati era limitato alla sola "visione" degli atti amministrativi necessari alla cura dei propri interessi, nell'attuale versione dell'art. 24, come sostituito dall'art. 16 della legge 15/2005, tale previsione è stata sostituita dal nuovo comma 7, ai sensi del quale "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici". In sostanza, la tutela dell'istante, prima limitata alla visione degli atti, viene quindi estesa all'onnicomprendente concetto di "accesso" che - secondo la definizione contenuta nell'art. 22, comma 1, lettera a) della L. 241/90, come sostituito dall'art. 15 della legge n. 15/2005 - include sia la visione degli atti che l'estrazione di copia».

Ai segnalati mutamenti del testo normativo dell'art. 24 cit., non ha fatto seguito, tuttavia, alcuna modifica di livello ministeriale con riferimento al regolamento n. 757 del 1994, sicché la questione che prioritariamente si pone è quella di stabilire se sia ancora così scontata l'affermazione che vede il citato decreto ministeriale tuttora giuridicamente vigente.

Antecedentemente alla recente – viene da dire, illuminante e perciò isolata – pronuncia del T.A.R. Emilia³⁰⁵, la giurisprudenza amministrativa non si era mai posta la questione in tali termini, avendo sempre ragionato sulla base del presupposto che il decreto ministeriale conservasse, ancora oggi, una propria ragion d'essere, ossia un'efficacia giuridica vigente.

Anticipando quanto si vedrà oltre, le numerose pronunce che sono intervenute sull'argomento successivamente all'entrata in vigore delle modifiche apportate nel 2005 hanno sempre sottinteso l'attuale perdurare del d.m. n. 757 avendo stabilito, con eccessiva disinvoltura, o che il regolamento ministeriale debba essere disapplicato³⁰⁶⁻³⁰⁷, in quanto in contrasto con il comma 7 dell'art. 24³⁰⁸, o che debba essere negato, stante la vigenza del d.m. n. 757, l'accesso agli atti ispettivi³⁰⁹.

Nel tentativo di dare, all'assunto giurisprudenziale - implicito e scontato - della persistente vigenza del regolamento ministeriale n. 757/1994, una giustificazione piuttosto esplicita e ragionata, l'unica possibile ricostruzione percorribile è quella, difficilmente plausibile, che rinviene il referente normativo nell'attuale articolo 24, comma 1, della legge n. 241/1990.

Sintetizzando, potrebbe sostenersi che, anche se l'articolo 2 del d.m. continua a giustificare la sottrazione al diritto di accesso di talune categorie di atti *«in relazione*

³⁰⁵ Il riferimento è, come si vedrà, alla recentissima ed illuminante pronuncia del T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, sentenza 2 febbraio 2010, n. 633.

³⁰⁶ I presupposti richiesti dalla c.d. disapplicazione normativa, che si determina, è bene ricordarlo, in base al principio della gerarchia delle fonti, sono, da un lato, che i testi normativi appartengano ad ordini diversi della stessa scala gerarchica, dall'altro, ovviamente, la contemporanea vigenza nell'ordinamento di entrambi.

³⁰⁷ Disapplicazione che poteva dirsi scontata nel caso del datore di lavoro stante sempre la necessità, da parte di quest'ultimo, di curare e difendere i propri interessi, come richiesto dalla norma, trattandosi di istanza presentata da un soggetto qualificato intervenore necessario ex art. 10 della legge n. 241/1990, ricorrendo, cioè, l'ipotesi di c.d. accesso endoprocedimentale, rispetto al quale, come è noto, l'interesse a partecipare, *id est* la legittimazione all'accesso, è *in re ipsa*.

³⁰⁸ Cons. St., Sez. VI, sentenza 24 ottobre 2006, n. 7389 ove testualmente si legge che *«l'art. 2, comma 1, lett. c) D.M. 4 novembre 1994, n. 757, che sottrae al diritto di accesso le dichiarazioni rese dai lavoratori in occasione di indagini ispettive a carico del loro datore di lavoro fino a quando non sia cessato il rapporto, si pone in palese contrasto con l'art. 24 della L. 7 agosto 1990, n. 241, per il quale il diritto alla riservatezza recede di fronte al diritto di difesa, e pertanto deve essere disapplicato in virtù del principio generale secondo il quale, nel conflitto fra due norme diverse, occorre dare preminenza a quella legislativa rispetto alla norma regolamentare ogni volta che questa precluda l'esercizio di un diritto soggettivo»*; TAR Veneto, sentenza 16 gennaio 2006, n. 301; TAR Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 8 marzo 2007, n. 405; TAR Piemonte, sez. I, sentenza 14 dicembre 2005 n. 4022, in www.giustizia-amministrativa.it. Si segnala che già precedentemente alla novella del 2005 l'orientamento giurisprudenziale maggioritario era volto a disapplicare il regolamento: in tale prospettiva Cons. St., Ad. Pl., sentenza 4 febbraio 1997, n.5; Cons. St., sentenza 10 aprile 2003, n. 1923, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁰⁹ Cfr. Cons. St., sentenza 22 aprile 2008, n. 1842, in www.giustizia-amministrativa.it.

alla esigenza di salvaguardare la vita privata e la riservatezza di persone» (richiamando così l'art. 24, comma 4, cit. testo previgente³¹⁰), attualmente lo stesso troverebbe copertura nella parte in cui la versione, attuale e vigente, dell'art. 24, comma 1, dispone l'esclusione del «*diritto di accesso [...] nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti [...] dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2*».

Senonchè, tale tipo di spiegazione non solo non è plausibile³¹¹ e non è stata mai esplicitamente svolta, ma viene ripetutamente smentita dalla giurisprudenza amministrativa.

A titolo esemplificativo, può farsi riferimento alla recente affermazione del Consiglio di Stato, contenuta nella sentenza 22 aprile 2008, n. 1842, secondo la quale l'odierna versione dell'«*articolo 24 della legge n. 241/1990*³¹², che disciplina i casi di

³¹⁰ Per comodità si riporta, di seguito, l'intero testo del precedente art. 24, della legge n. 241/1990, antecedentemente alle modifiche introdotte dalla legge n.15 del 2005: «*1. Il diritto di accesso è escluso per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi dell' articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, per quelli relativi ai procedimenti previsti dal decreto legge 15 gennaio 1991, n. 8 convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82 e successive modificazioni, e dal decreto legislativo 29 marzo 1993, n. 119 e successive modificazioni nonché nei casi di segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsti dall'ordinamento. 2. Il Governo è autorizzato ad emanare, ai sensi del comma 2 dell' art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti intesi a disciplinare le modalità di esercizio del diritto di accesso e gli altri casi di esclusione del diritto di accesso in relazione alla esigenza di salvaguardare:[...] d) la riservatezza di terzi, persone, gruppi ed imprese, garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici.3. [...] 4. Le singole amministrazioni hanno l'obbligo di individuare, con uno o più regolamenti da emanarsi entro i sei mesi successivi, le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso per le esigenze di cui al comma 2. 5.[...]. 6. I soggetti indicati nell'articolo 23 hanno facoltà di differire l'accesso ai documenti richiesti sino a quando la conoscenza di essi possa impedire o gravemente ostacolare lo svolgimento dell'azione amministrativa. Non è comunque ammesso l'accesso agli atti preparatori nel corso della formazione dei provvedimenti di cui all'articolo 13, salvo diverse disposizioni di legge».*

³¹¹ La non plausibilità della ricostruzione – secondo la quale l'attuale vigenza del d.m. 757/1994 si giustificerebbe in forza del comma 1 dell'art. 24 cit. (testo vigente) - deriva dal fatto che i singoli atti sottratti dal D.m. alla disciplina dell'accesso non hanno alcun collegamento con il segreto di Stato e né possono essere ricondotti ad un divieto di divulgazione genericamente inteso. Anche quest'ultimo, infatti, deve intendersi come collegato ad una esigenza di segretezza statale diversa da quella connessa alla mera riservatezza delle persone, stante quanto disposto, successivamente, in modo espresso dal comma 6 dell'art. 24, cit. (testo vigente), altrimenti inutile.

³¹² Per aiutare la comprensione del ragionamento, si riporta, anche in questo caso, la versione vigente del richiamato art. 24 cit.: «*1. Il diritto di accesso è escluso: a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801 e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo; b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le*

esclusione dal diritto in questione, prevede al sesto comma i casi di possibile sottrazione all'accesso in via regolamentare” (di natura governativa però, n.d.r.) «e fra questi – al punto d) – quelli relativi a “documenti che riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni”, e che “in via attuativa, il D.M. 4.11.1994, n. 757 (Regolamento concernente le categorie di documenti, formati o stabilmente detenuti dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale sottratti al diritto di accesso) inserisce fra tali categorie – all’art. 2, lettere b) e c) – i documenti contenenti le richieste di intervento dell’Ispettorato del Lavoro, nonché i documenti contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie, o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi»³¹³.

E’ evidente, infatti, che nella riportata pronuncia il Consiglio di Stato da un lato cita l’attuale testo della lettera d) dell’articolo 24, comma 6, della legge n. 241 del 1990, come modificato nel 2005 - che, come detto, rinvia in via esclusiva ad un regolamento governativo - dall’altro afferma che il d.m. n. 757 - adottato nel 1994 in attuazione di quel superato ordine normativo dettato, *illo tempore*, dal vecchio art. 24, comma 4, cit. - è attuativo delle esigenze di riservatezza di cui al corrente comma sesto, quando in realtà, a normativa vigente, le pubbliche amministrazioni sono competenti ad individuare le singole categorie di atti sottratti all’accesso con

particolari norme che ne regolano la formazione; d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi. 2. Le singole pubbliche amministrazioni individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all’accesso ai sensi del comma 1. 3.[...]. 4.[...]. 5. I documenti contenenti informazioni connesse agli interessi di cui al comma 1 sono considerati segreti solo nell’ambito e nei limiti di tale connessione. A tale fine le pubbliche amministrazioni fissano, per ogni categoria di documenti, anche l’eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all’accesso. 6. Con regolamento, adottato ai sensi dell’ articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo può prevedere casi di sottrazione all’accesso di documenti amministrativi: [...] d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all’amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono; e) [...]. 7. Deve comunque essere garantito ai richiedenti l’accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l’accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall’articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

³¹³ Cfr. Cons. di St., sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1842 , in www.giustizia-amministrativa.it.

riferimento esclusivo al comma primo – «*in punto di segreto di Stato e di divieti di divulgazione*» - e non anche relativamente alle esigenze di riservatezza.

IV) L'analisi puntuale del decreto 4 novembre 1994, n. 757, del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale alla luce dell'attuale articolo 24 della legge n. 241. Le dichiarazioni spontanee dei lavoratori.

Adottato, come visto, ai sensi del previgente testo dell'art. 24, comma 4, della legge n. 241/1990, il regolamento ministeriale n. 757 del 1994 stabilisce che tra le categorie di documenti formati o stabilmente detenuti dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale sottratti al diritto d'accesso - in ragione della esigenza, come si legge nel titolo del decreto, «*di salvaguardare la vita privata e la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, di gruppi, imprese ed associazioni*» - vi rientrano i documenti contenenti le informazioni acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o terzi; nonché le richieste di intervento rivolte all'Ispettorato del lavoro³¹⁴.

Tuttavia, mentre i primi sono sottratti all'accesso finché perdura il rapporto di lavoro - salvo che le notizie acquisite siano sottoposte al segreto istruttorio penale - le seconde sono sottratte per il periodo di cinque anni, decorrenti dalla data del provvedimento che chiude il procedimento del quale fanno parte, o finché perdura il rapporto di lavoro qualora la richiesta di intervento provenga da un lavoratore o abbia comunque ad oggetto un rapporto di lavoro.

Limitatamente alla prima macro categoria di atti, assumono una rilevanza centrale le dichiarazioni rese dai lavoratori agli organi di vigilanza.

A titolo meramente chiarificatore è sufficiente segnalare, per comprendere le modalità di svolgimento degli accertamenti ispettivi, che tra le informazioni raccolte - dagli ispettori del lavoro in sede di accesso - dai lavoratori vi rientrano, oltre, ovviamente, alle generalità dello stesso, le notizie concernenti l'effettiva fruizione da parte del prestatore dei riposi giornalieri e settimanali previsti dalla legge; il *quantum* della retribuzione erogata; l'adempimento agli obblighi previsti per legge, da parte

³¹⁴ Allo stesso modo dispongono, sia il n. 12 dell'allegato A (punto II) al provvedimento I.N.P.S. n. 1951 del 1994, richiamato dall'art. 17 dello stesso provvedimento (intitolato "*della tutela della riservatezza*"), avente ad oggetto «*le dichiarazioni rilasciate da lavoratori che costituiscano base per la redazione del verbale ispettivo, al fine di prevenire pressioni discriminazioni o ritorsioni ai danni dei lavoratori stessi*», sia l'articolo 14 della delibera n. 5 del 2000 dell'I.N.A.I.L. concernente gli «*accertamenti ispettivi*».

del datore medesimo, in sede di pagamento della stessa (*id est*, il rilascio della busta paga); il luogo ed le modalità, sia qualitative che quantitative, di svolgimento della prestazione lavorativa; nonché, principalmente, l'assolvimento agli obblighi comunicativi, in favore degli Istituti previdenziali (I.N.P.S. ed I.N.A.I.L.), relativi alla data di costituzione del rapporto di lavoro (*id est*, la trasmissione della comunicazione di assunzione del lavoratore da effettuarsi, per legge, antecedentemente al primo giorno di svolgimento della prestazione lavorativa).

Tutti questi elementi, infatti, sono particolarmente significativi, per l'organo ispettivo, per delineare la regolarità o meno del rapporto sin dalla sua genesi.

Solo confrontando le informazioni acquisite dal lavoratore, con quelle rese da altri prestatori di lavoro e con la documentale, richiesta e prodotta dal datore di lavoro, è possibile accertare infatti se il rapporto di lavoro sia o meno "in nero" (ossia, irregolare) e quindi, in definitiva, se sia doveroso procedere con l'applicazione, nel caso anche di un semplice periodo pregresso di lavoro "in nero", della già citata c.d. maxisanzione per lavoro "nero" (oltre ovviamente all'irrogazione delle specifiche sanzioni previste in punto di assunzione ed ai conseguenti recuperi contributivi, assicurativi e fiscali)³¹⁵.

Con specifico riguardo a quest'ultima sanzione, infatti, l'analisi della costruzione normativa prevista in punto di commisurazione dell'importo sanzionatorio fa emergere l'importanza delle informazioni, prima elencate, inerenti la data di costituzione del rapporto.

L'art. 3 della legge 23 aprile 2002, n. 73 - nel testo attualmente in vigore a seguito delle recentissime modifiche apportate dalla legge 4 novembre 2010, n. 183 - testualmente dispone che *«in caso di impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro privato, con la sola esclusione del datore di lavoro domestico, si applica altresì punito la sanzione amministrativa da € 1.500 a € 12.000 per ciascun lavoratore, maggiorata di € 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo»* in nero³¹⁶.

³¹⁵ Il riferimento è, in particolare, al comma terzo dell'art. 3 della legge 23 aprile 2002, n. 73, di conversione del DL 22 febbraio 2002, n. 12, come modificato, da un ultimo, dall'art. 4 della legge 4 novembre 2010, n. 183.

³¹⁶ A tal proposito deve essere comunque chiarito che, nell'ambito degli accertamenti ispettivi, le dichiarazioni dei lavoratori non sono prova certa del dato raccolto, e quindi non sono, di per sé sole, sufficienti per l'applicazione di sanzioni amministrative così pesanti, perché necessitano

Alla luce di quanto esposto, si comprende non solo l'importanza, ma anche la delicatezza delle informazioni rilasciate dai lavoratori e, soprattutto, si spiega perché il regolamento ministeriale n. 757/1994 abbia tentato di sottrarre le dichiarazioni dei lavoratori al diritto di accesso, almeno finché perduri il rapporto di lavoro. Nel caso di rapporti con profili di irregolarità, specialmente nel caso di rapporti a tempo determinato, non può escludersi infatti che il datore di lavoro – una volta venuto a conoscenza che gli ingenti importi sanzionatori addebitatigli gli sono stati contestati anche alla luce delle dichiarazioni rilasciate dal lavoratore - si adoperi con azioni discriminatorie o con indebite pressioni a carico di quest'ultimo, o semplicemente decida di non rinnovare o convertire i contratti di lavoro non stabili, ove consentito dalla legge.

A tal riguardo, la citata pronuncia del Consiglio di Stato, in precedenza criticata sotto altri profili³¹⁷, ha dato una interpretazione addirittura “evolutiva” al d.m. n. 757, prevedendo che, a dispetto del dato letterale - che delimita la durata del divieto di accesso finché perdura il rapporto di lavoro - *«l'avvenuta cessazione di un rapporto di lavoro non esclude l'esigenza di riservatezza di chi abbia reso dichiarazioni, riguardanti se stesso o anche altri soggetti, [...] non attenendo la sfera di interessi in questione alla sola tutela delle posizioni del lavoratore ed essendo queste ultime, comunque, rilevanti anche in rapporto all'ambiente professionale di appartenenza, più largamente inteso»*.

Nell'occasione riportata, quindi, il massimo giudice amministrativo, portando agli estremi la logica ispiratrice del decreto ministeriale, estende la riservatezza *ad infinitum* superando i limiti temporali positivamente previsti: la riservatezza delle dichiarazioni rilasciate si impone, infatti, anche a tutela dell'immagine e della

comunque di ulteriori riscontri. Le stesse assumono cioè mero valore indiziario che costituisce però, almeno nella normalità dei casi, il dato di partenza e la direttrice di massima che viene seguita nell'istruttoria delle inchieste. Tale ultima considerazione trova fondamento non solo dal punto di vista giuridico, non costituendo la dichiarazione rilasciata dal lavoratore prova legale, ma soprattutto dalla circostanza che il lavoratore potrebbe avere interesse al rilascio di dichiarazioni mendaci: basti considerare che facendo retroagire la data di costituzione dl rapporto, rispetto a quella effettiva, il lavoratore ottiene la emersione e la ricostruzione di tutto il pregresso periodo contributivo ai fini pensionistici e di quiescenza. In tal senso, inoltre, l'articolo 12, comma 10, del Decreto direttoriale del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali 20 aprile 2006, *Codice di comportamento degli ispettori del lavoro*, dove si legge che *«Le dichiarazioni acquisite in sede ispettiva vanno riscontrate con elementi oggettivi risultanti dalla documentazione esaminata o da altre dichiarazioni rese da prestatori di lavoro o da terzi»*.

³¹⁷ Cfr. Cons. St., sentenza 22 aprile 2008, n. 1342.

reputazione del lavoratore nell'ambito dell'ambiente professionale di appartenenza, al fine di non precludergli eventuali rapporti di lavoro futuri.

Tuttavia, sia la normativa ministeriale sia, a maggior ragione, la richiamata interpretazione evolutiva, seppur finalizzate alla tutela dei lavoratori, non possono ritenersi aderenti, come affermato dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario³¹⁸, al dettato normativo introdotto dal legislatore al comma 7 dell'art. 24 della legge n. 241 ove, rispetto al passato, è stato rafforzato il principio per cui *«deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici»*.

In subiecta materia il legislatore è cioè intervenuto al fine di delineare a livello legislativo, una volta per tutte, la prevalenza, rispetto alle esigenze di riservatezza, del diritto di difesa³¹⁹, rafforzandolo ulteriormente rispetto al regime precedente mercè la previsione di un accesso sempre pieno – mediante estrazione di copia - e non più limitato alla sola visione dell'atto³²⁰.

³¹⁸ Cons. St., sez. VI, sentenza 12 aprile 2007, n. 1699; Cons. St., sez. VI, sentenza 29 luglio 2004, n. 5362; Id., sentenza 22 ottobre 2002, n. 5814; Id. sentenza 1 ottobre 2002 n. 5110; Cons. St., sez. V, sentenza n. 65 del 1999; Cons. St., Ad.Pl., sentenza 4 febbraio 1997, n.5, consultabili in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹⁹ Il bilanciamento tra le contrapposte esigenze non è affidato, infatti, alla potestà regolamentare, e ancor meno alla discrezionalità della singola amministrazione, ma è compiuto direttamente ed imperativamente dalla legge. In tal senso, *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2223; TAR Lombardia, sezione Brescia, sentenza 20 dicembre 2006, n. 1621; T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 27 febbraio 2006, n. 1437; T.A.R. Veneto, Sez. I, 6 febbraio 2006, n. 301, giurisprudenza che si rifà alle fondamentali statuizioni contenute nella decisione Cons. St., Ad. Plen., 4 febbraio 1997 n. 5. Le sentenze citate sono tutte consultabili in www.giustizia-amministrativa.it.

³²⁰ In tal senso da ultimo Cons. St., sez. V, sentenza 17 maggio 2008, n. 2511, della quale è utile riportare la parte in cui si ricostruiscono i rapporti tra riservatezza e diritto di accesso: *«è da premettere in linea generale che il rapporto tra diritto di accesso e diritto alla riservatezza è stato risolto direttamente dal legislatore grazie al vasto intervento riformatore operato dal codice dei dati personali (d.lgs. n. 196 del 2003), dalla l. n. 15 del 2005 - recante la novella alla l. n. 241 del 1990 – e dal d.P.R. n. 184 del 2006, che hanno, nella sostanza ed in estrema sintesi, cristallizzato gli approdi cui era giunta la giurisprudenza del Consiglio di Stato (in particolare Ad. Plen. n. 5 del 1997), avanzando in ogni caso la soglia di tutela dell'accesso; in particolare l'art. 59, codice dati personali, fatta salva l'applicazione della disciplina derogatoria sancita dal successivo art. 60 per i dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale (inapplicabile alla vicenda in trattazione), ha demandato interamente alla l. n. 241 del 1990 la regolamentazione del rapporto accesso – privacy anche per ciò che concerne i dati sensibili e giudiziari (pure questi non in rilievo nel presente giudizio); l'art. 24, l. n. 241 del 1990 nel testo novellato, recita al comma 7, che «deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'art. 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale»;* alla luce della evoluzione normativa deve concludersi che l'accesso necessario a curare o difendere interessi giuridicamente rilevanti è sempre prevalente sulla riservatezza del terzo

Nonostante il dettato della norma, la questione è stata molto dibattuta in giurisprudenza, tanto che si è dovuto ricorrere all'intervento dirimente dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato per chiarire che, nel conflitto tra accesso c.d. difensivo³²¹ e riservatezza dei terzi, la normativa statale dà prevalenza al primo allorché sia necessario per tutelare i propri interessi giuridici³²².

La nuova normativa introdotta dal legislatore del 2005 segna, in questo, una vera e propria svolta definitiva. Nella nuova formulazione dell'art. 24 cit., la possibilità di accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per tutelare interessi giuridici del richiedente, non è più garantita solo con riferimento alla riservatezza, quanto piuttosto, stando ad un'interpretazione letterale della norma, in tutte le ipotesi di esclusione del diritto di accesso previste nel medesimo articolo, salvi i casi previsti al comma 1 che non parrebbe ammettere eccezioni.

La regola di prevalenza di cui si discorre, infatti, è stata collocata in un comma autonomo, il settimo, che chiude il nuovo art. 24 cit³²³.

anche se intacchi dati sensibili, salva la più accentuata tutela per i dati c.d. "supersensibili"; in quest'ultimo caso il responsabile del procedimento, in base ad una valutazione casistica effettuata sulla scorta del menzionato art. 60, darà prevalenza al diritto di accesso nei limiti della «stretta indispensabilità» prevista dalla norma, solo se la situazione soggettiva sottostante sia di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consista in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile; la novella formulazione dell'art. 24 cit., non pone più alcun limite «modale» all'accesso, che, dunque, potrà tradursi in un rilascio dell'atto e non più nella mera visione dello stesso (come ritenuto dalla citata Ad. Plen. n. 5 del 1997); pertanto l'interesse alla riservatezza tutelato dalla normativa mediante una limitazione del diritto di accesso ai documenti amministrativi recede quando l'accesso stesso è esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse»; sul punto cfr. anche Cons. St., sez. VI, 12 aprile 2007, n. 1699 in www.giustizia-amministrativa.it.

³²¹ La denominazione di accesso c.d. difensivo si contrappone a quella di accesso c.d. meramente conoscitivo.

³²² Cfr. Cons. St., ad. plen., 4 febbraio 1997, n. 5.

³²³ Il ragionamento è svolto, tra gli altri, da FERRUCCI, *Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla l. 241/1990*, in www.giustamm.it, ove testualmente si legge che «nella vecchia formulazione, infatti, mentre le prime tre categorie in essa previste indicavano dei limiti tassativi, tali da introdurre delle vere e proprie ipotesi di esclusione dall'accesso ai documenti, estremamente generico si rivelava il limite costituito dall'esigenza di tutelare la riservatezza dei terzi, atteso che solo quest'ultimo veniva temperato dalla necessità di garantire, comunque, agli interessati "la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici". In pratica, nella previsione della limitazione stessa, si cercava di conciliare e salvaguardare i due diversi interessi giuridici in competizione, con la conseguenza che la riservatezza non rappresentava più un vero e proprio limite, ma, più che altro, un ostacolo da armonizzare con le esigenze dei soggetti aventi un interesse all'accesso. In tal modo, la riservatezza costituiva l'eccezione alla regola dell'accessibilità ai documenti amministrativi, eccezione vieppiù passibile a sua volta di deroga (con conseguente riespansione del principio di accessibilità agli atti) qualora la conoscenza dei documenti, oggetto di richiesta, fosse preordinata alla cura o alla tutela degli interessi giuridici dell'istante. La giustificazione a tale diversificata disciplina, veniva rintracciata nella profonda diversità degli interessi tutelati, coinvolti o configgenti sottesi alle varie fattispecie. Le prime tre ipotesi, infatti, riguardavano categorie poste a tutela di

Se si fa reagire, infatti, l'art. 22, comma 3, cit. con l'art. 24, comma 7, cit., ci si avvede subito che la *voluntas legis* è quella di attribuire una forte *vis* espansiva al diritto di accesso.

Muovendo da tale quadro normativo, improntato alla trasparenza e alla conoscibilità dell'attività amministrativa, si deve giocoforza concludere che allorché il diritto di accesso sia correlato al diritto di difesa e sia rivolto verso documenti amministrativi contenenti dati personali comuni, esso prevale sempre sul diritto alla riservatezza, e, dopo la novella del 2005, non più solo rispetto a quest'ultima. Viceversa, quando l'istanza di accesso abbia una valenza meramente conoscitiva, la riservatezza dei terzi prevale nel senso, però, che debbono essere sottratti all'accesso esclusivamente quei dati che coinvolgono la sfera di riservatezza e non tutti i dati personali di terzi³²⁴.

In conclusione, l'esigenza del datore di lavoro di potersi difendere, contestando innanzi all'Autorità giudiziaria i provvedimenti e le sanzioni irrogate, non può essere «*minimamente compressa da quella di riservatezza del lavoratore*³²⁵», e tale diritto di difesa può dirsi pieno solo se si consente l'acquisizione di tutta la documentazione

interessi "propri" dell'amministrazione intesa in senso ampio; tali interessi erano, per così dire, "interni" alla stessa p. a., per cui lo scontro si svolgeva e si esauriva interamente tra l'amministrazione che intendeva tutelare col segreto tali interessi superiori e l'istante che chiedeva di conoscere l'attività posta in essere dal soggetto pubblico. La fattispecie di cui alla lettera d), invece, prevedeva uno "scontro" che non si esauriva tra istante e p. a., ma più propriamente si svolgeva tra il soggetto che chiedeva l'accesso ed il controinteressato, il quale pretendeva che venisse salvaguardata la riservatezza dei propri dati personali, in qualche modo minacciata dalla richiesta di accesso avanzata. In questo caso, quindi, l'amministrazione rivestiva più un ruolo "giustiziale", essendo chiamata a cercare le modalità idonee a conciliare e comporre le contrapposte esigenze o ad individuare l'interesse prevalente con conseguente sacrificio di uno dei due diritti in competizione. La formulazione della norma in commento, peraltro, non precisava in modo esplicito il criterio alla stregua del quale risolvere il contrasto tra i contrapposti interessi, né tale criterio era agevolmente ricavabile dall'ordinamento complessivamente considerato. La nuova formulazione della norma in commento, recependo almeno in parte i suggerimenti derivanti dalle interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali effettuate sotto la vigenza del vecchio testo, da una parte, sgancia la previsione normativa secondo cui "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici" dal solo limite della riservatezza, per trasformarlo in una esigenza di salvaguardia all'accesso riferita a tutti i possibili limiti posti in materia dall'Esecutivo, dall'altra, offre all'interprete, in qualche modo, degli elementi normativi sulla base dei quali operare la comparazione delle esigenze in conflitto, ricercare un possibile loro contemperamento o stabilire l'interesse prevalente».

³²⁴ In tal senso, pur se con riferimento all'originaria versione dell'art. 24 cit., si veda A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di CASSESE, Milano, 2003, II, 1167.

³²⁵ Letteralmente TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, sentenza 1 febbraio 2008, n. 900, in www.giustizia-amministrativa.it.

all'uopo necessaria, nel cui ambito vi rientrano, certamente, anche le dichiarazioni rese dal lavoratore.

E' proprio in tale prospettiva che si giustificano le numerose pronunce dei giudici amministrativi – errate però, come si è visto, sotto il profilo strettamente giuridico³²⁶ - volte alla disapplicazione del regolamento ministeriale³²⁷.

L'espressione “*comunque*”, posta come *incipit* dal comma 7 dell'art. 24 cit., non consente infatti interpretazioni difformi da quella finalizzata a riconoscere il carattere prevalente del diritto di conoscere ogni atto e documento che sia necessario alla propria tutela. Ciò equivale a dire che, rispetto al suddetto diritto di accesso, assumono carattere recessivo tutte le ipotesi di esclusione dell'ostensione eventualmente individuate dall'Amministrazione.

Inaccettabili sono, dunque, le soluzioni “sostanziali”, non attente in modo formale al dato normativo, che sembrano adottate non tanto sulla base di una prevalenza astratta del diritto di accesso o del diritto a questo opposto, costruendo una scala gerarchica di diritti ed interessi tra loro potenzialmente confliggenti, ma piuttosto valutando i concreti interessi contrapposti, le esigenze che si intendono salvaguardare nella fattispecie concreta e ricercando le possibili modalità pratiche che possano conciliare le opposte esigenze. Non più, quindi, una prevalenza assoluta di uno dei diritti contrapposti con sacrificio totale del diritto giudicato recessivo, ma la ricerca di un contemperamento dei vari interessi sostanziali in gioco, magari ricercato nelle modalità attraverso cui concedere l'esercizio del diritto riconosciuto prevalente nella singola fattispecie.

³²⁶ Si è già visto, infatti, che non avendo più una base giuridica - *id est*, non essendo per questo più in vigore - non è possibile procedere alla disapplicazione del regolamento ministeriale n. 757/1994.

³²⁷ Cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza 13 dicembre 2006, nn. 7389 e 7391, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si legge testualmente che deve essere «*disapplicato l'art. 2 comma 1 lett. c), d.m. 4 novembre 1994 n. 757, che sottrae al diritto di accesso le dichiarazioni rese dai lavoratori in occasione di indagini ispettive a carico del loro datore di lavoro fino a quando non sia cessato il rapporto, ritenendolo in palese contrasto con l'art. 24 l. 7 agosto 1990 n. 241*»; TAR Lombardia, sezione Brescia, 20 dicembre 2006, n. 1621, in www.giustizia-amministrativa.it. Si segnala che secondo l'orientamento prevalente il decreto n. 757 del 1994 non necessita di essere oggetto di autonomo e specifico gravame vertendosi, da un parte, in tema di diritto soggettivo, dall'altra, di regolamento amministrativo generale avente natura sostanzialmente normativa. E' a questo filone che, da ultimo, si rifa il T.A.R. Veneto, 18 gennaio 2006, n. 301, in www.giustizia-amministrativa.it, quando afferma che «*la preminenza del diritto di difesa sul diritto alla riservatezza, pertanto, impone di disapplicare le norme regolamentari confliggenti con il citato art. 24, ma non anche di annullare le norme stesse perché ciò non appare strettamente necessario ai fini del soddisfacimento dell'interesse sottostante all'azione*». In precedenza nello stesso senso TAR Veneto 14 maggio 2003, n. 2760, in www.giustizia-amministrativa.it.

Senza tacere che la necessità di riconoscere sempre l'accesso agli atti dell'ispezione al datore di lavoro condivide la stessa *ratio* sottesa al principio previsto, seppur per l'ambito processualpenale, dall'art. 111 della Costituzione, secondo il quale l'incolpato ha il diritto, pena l'inutilizzabilità della fonte di prova, di contro-interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, diritto che presuppone quello di conoscere il nome dell'accusante³²⁸.

Nella stessa direzione si esprime anche la recente nota diramata a tutte le articolazioni territoriali dall'Avvocatura dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (I.N.P.S.)³²⁹, la quale, da un lato, premette che *«l'Istituto ha in corso la rielaborazione del Regolamento per la disciplina del diritto di accesso, in conformità della nuova disciplina in materia introdotta dalla legge 11.2.2005, n. 15, recante modifiche ed integrazioni alla legge 7.8.1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa»*, dall'altro, afferma che alla luce delle modifiche normative e delle interpretazioni giurisprudenziali, la prassi restrittiva dell'Istituto sulle istanze di accesso deve essere ripensata in quanto *«in via generale non appare utilmente contestabile la richiesta di accesso proposta dal datore di lavoro in*

³²⁸ A tal proposito, Cons. St., sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3601, ove si legge *«nell'ordinamento delineato dalla L. n. 241/1990, ispirato ai principi della trasparenza, del diritto di difesa e della dialettica democratica, ogni soggetto deve, pertanto, poter conoscere con precisione i contenuti e gli autori di esposti o denunce che, fondatamente o meno, possano costituire le basi per l'avvio di un procedimento ispettivo o sanzionatorio, non potendo la p.a. procedente opporre all'interessato esigenze di riservatezza, foss'anche per coprire o difendere il denunciante da eventuali reazioni da parte del denunciato, le quali, comunque, non sfuggirebbero al controllo dell'autorità giudiziaria. La tolleranza verso denunce segrete e/o anonime è un valore estraneo al nostro ordinamento giuridico. Emblematico, in tal senso, è l'art. 111 Cost. che, nel sancire (come elemento essenziale del giusto processo) il diritto dell'accusato di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, inevitabilmente presuppone che l'accusato abbia anche il diritto di conoscere il nome dell'autore di tali dichiarazioni. Tale sfavore verso le denunce e le dichiarazioni anonime emerge poi, a più riprese, dal codice di procedura penale: si pensi, ad esempio, all'art. 240 c.p.p. in forza del quale i documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquisiti né in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano il corpo del reato o provengano comunque dall'imputato; all'art. 195, comma 7, c.p.p. che sancisce l'inutilizzabilità della testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame; all'art. 203 c.p.p. che pure prevede l'inutilizzabilità delle informazioni rese dagli informatori alla polizia giudiziaria quando il nome di tali informatori non venga svelato. Da questa cornice emerge chiaramente che al diritto alla riservatezza, pure costituzionalmente rilevante, non può certo riconoscersi ampiezza tale da includere il "diritto all'anonimato" di colui che rende una dichiarazione a carico di terzi nell'ambito di un procedimento ispettivo o sanzionatorio. L'anonimato sulle denunce o sulle dichiarazioni accusatorie è, al contrario, come si è visto, guardato con particolare sospetto dall'ordinamento: da qui l'evanescenza e l'infondatezza di ogni tentativo volto a qualificare tale inesistente diritto all'anonimato come una prerogativa del diritto alla riservatezza»*.

³²⁹ Cfr. Nota dell'Avvocatura INPS datata 10 settembre 2007, in *Guida al lavoro*, 2007, 43, 20.

relazione alle dichiarazioni rilasciate dai lavoratori nel corso dell'accertamento ispettivo».

Certamente valida è la considerazione che - se si riconosce la prevalenza dell'accesso - mentre contro azioni discriminatorie o indebite pressioni del datore di lavoro, il lavoratore può reagire azionando le tutele che gli vengono riconosciute dall'ordinamento³³⁰, altrettanto non può nei casi di mancato rinnovo o di mancata conversione dei rapporti di lavoro non stabili³³¹, giacché l'attuale configurazione del mercato del lavoro non riconosce alcuna tutela in tali ipotesi.

Ma di contro altrettanto vera è la riflessione per cui l'arricchimento degli strumenti introdotti negli ultimi anni dal legislatore per combattere il lavoro irregolare e gli incidenti sul lavoro, in *primis* attraverso l'adozione di un apparato sanzionatorio e cautelare maggiormente incisivo - basti pensare, a titolo esemplificativo, alla quintuplicazione di tutti gli importi delle sanzioni previsti dalle leggi entrate in vigore prima del 1 gennaio 1999³³², all'introduzione della c.d. maxisanzione per lavoro nero³³³, e, soprattutto alla possibilità riconosciuta, in capo agli ispettori del lavoro, di sospendere le attività imprenditoriali allorquando, in sede di accesso ispettivo, sia rinvenuta sul luogo di lavoro l'utilizzazione di lavoratori in

³³⁰ La questione, per la sua evidenza, è stata affrontata dal TAR Emilia Romagna, sentenza 5 aprile 2001, n. 299 e dal TAR Veneto, sentenza 14 maggio 2003, n. 2760, in www.giustizia-amministrativa.it, nelle cui pronunce i giudici hanno osservato - tacendo del fatto che le norme di secondo grado più volte richiamate siano realmente idonee a scongiurare eventuali ritorsioni del datore di lavoro - come i lavoratori abbiano la possibilità di azionare gli specifici strumenti di garanzia riconosciuti tanto dalla normativa lavoristica che dalla giurisprudenza in punto di licenziamento, di assegnazione discriminatoria di incarichi e mansioni, di sindacabilità giudiziale delle iniziative datoriali, di demansionamento e, infine, di *mobbing*.

³³¹ Nella sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, 1 febbraio 2008, n. 900, si legge che «per quanto riguarda l'insieme di tutele riconosciute dall'ordinamento ai lavoratori, non può essere ignorata l'evoluzione, per meglio dire, il cambiamento intervenuto, a tale proposito, nel mondo del lavoro. Prima tra tutte il carattere ormai prevalentemente temporaneo del rapporto di lavoro dipendente e, in particolare, la sua cosiddetta precarizzazione, tanto da poter escludere che l'argomento considerato nella giurisprudenza richiamata, e ritenuta di rilievo decisivo, possa essere ritenuto tuttora valido. L'esigenza di tutela del lavoratore da eventuali ritorsioni che in passato era stata ritenuta la ragione principale del divieto di ostensione delle dichiarazioni rese dal medesimo in occasione di visite ispettive dell'Inps, sembra quanto meno riemersa a seguito del profondo mutamento subito dal mondo del lavoro».

³³² Cfr. Articolo 1, comma 1177, della legge 23 dicembre 2006, n. 296, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato» (Legge finanziaria 2007).

³³³ Cfr. Articolo 3, comma 3, della legge L 23 aprile 2002, n. 73 di conversione del DL 22 febbraio 2002, n. 12 «Disposizioni urgenti per il completamento delle operazioni di emersione di attività detenute all'estero e di lavoro irregolare», come modificato di recente dall'art. 4 della legge 4 novembre 2010, n. 183.

“nero” superiore al 20 % rispetto al totale di quelli rinvenuti presenti³³⁴ – impone che l’esigenza di difesa prevalga sempre, «consentendo l’accesso agli atti da parte di chi non adduca generiche ragioni di tutela, richiamandosi semplicemente alla disciplina dell’accesso, ma specifichi in modo puntuale tali esigenze, dando concretezza a quell’interesse che la legge n. 241 intende tutelare»³³⁵.

E sicuramente meritevole di tutela è l’interesse del datore di lavoro – che, ricordiamolo, è soggetto endoprocedimentale ex art. 10 della legge n. 241/1990, e per ciò solo legittimato all’accesso - che intende controdedurre attraverso gli scritti difensivi di cui all’art. 18 della legge n. 689/1981 ovvero proporre ricorso al Comitato regionale per i rapporti di lavoro, ai sensi dell’articolo 17 del d.lgs. n. 124/2004, ovvero all’autorità giurisdizionale in opposizione all’ordinanza-ingiunzione, ex articolo 22 della legge n. 689³³⁶.

Basti pensare che anche con riferimento ad una disposizione lineare come quella dettata dall’art. 24, comma 1, lett. b), cit. – ove è previsto che «il diritto di accesso è escluso [...] nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano» - la giurisprudenza³³⁷ amministrativa ha dovuto temperare il principio ivi affermato stabilendo che «l’inaccessibilità agli atti in materia tributaria va temporalmente limitata, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata della norma de qua, alla sola fase di pendenza del procedimento di accertamento tributario».

Nella direzione, ancora una volta, di perimetrare gli effetti dirompenti riconducibili al riferito art. 24, comma 7, cit. merita di essere segnalata l’interpretazione restrittiva proposta dal TAR Lazio, Roma, sez. III, 14 marzo 2006, n. 1931³³⁸, ad avviso del quale «il riferimento alla necessità della conoscenza dei

³³⁴ Cfr. art. 14, D.lgs. 9 dicembre 2008, n. 81.

³³⁵ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III quater, sentenza 1 febbraio 2008, n. 900, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³⁶ Con riferimento alle prime due forme di tutela, occorre segnalare la difficile coniugabilità tra il termine di trenta giorni previsto dalle richiamate norme della legge n. 689/1981 e del D.lgs. n. 124 del 2004 per il deposito degli scritti difensivi o del ricorso al Comitato regionale e quello di trenta giorni previsto dall’ articolo 25, comma quarto, della legge n. 241/1990 per l’evasione dell’istanza di accesso. In dottrina non è mancato chi ha suggerito, P. RAUSEI, *Accesso agli atti ispettivi*, in *Diritto & pratica del lavoro*, 2008, 22, 1275, di «inserire nell’istanza una specifica clausola riguardante l’accelerazione dei tempi di decisione dell’istanza».

³³⁷ Cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza 21 ottobre 2008, n. 5144; Cons. St., sentenza 13 gennaio 2010, n. 53.

³³⁸ La citata pronuncia è consultabile sul sito www.giurisprudenza-amministrativa.it.

*documenti per difendere i propri interessi [...] impone una interpretazione restrittiva della norma, altrimenti idonea a sovvertire l'intera disciplina in materia di accesso, nel senso di ritenere che la stessa riconosca la prevalenza del diritto di accesso ove ricorrano specifiche esigenze di tutela giurisdizionale e non anche di tutela del contraddittorio in ambito amministrativo»³³⁹. Conclusione, quest'ultima, che calata nel contesto del procedimento ispettivo-sanzionatorio, significa consentire l'accesso solo se si dimostri che l'ostensione delle dichiarazioni rese dai lavoratori è strettamente necessaria (*recitus*, indispensabile) alla presentazione di un ricorso di tipo giurisdizionale³⁴⁰.*

Il che vuol dire, in negativo, negare al datore di lavoro l'accesso alle dichiarazioni durante tutta la pendenza dell'ispezione, ivi compreso il momento cruciale - individuato, dall'art. 18 della legge n. 689/1981, a decorrere dalla data di contestazione o notificazione della violazione³⁴¹ - del contraddittorio posticipato mediante gli istituti degli scritti difensivi e dell'audizione dell'interessato.

³³⁹ L'affermazione seppur lodevole negli intenti non tiene conto, però, che la formula normativa «cura e difesa degli interessi giuridici» non è positivamente indirizzata in via esclusiva alla tutela processuale del richiedente l'accesso sicché, in quanto dettata nel contesto della legge generale sul procedimento amministrativo, non può che riguardare anche la tutela procedimentale.

³⁴⁰ In dottrina, afferma che il requisito della «necessità» debba intendersi come «indispensabilità», CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 458, il quale, poi, precisa che grava sul titolare del diritto di accesso l'onere di provare che per tutelare il proprio interesse giuridico non esiste alcuna via diversa dall'accesso a quelle particolari informazioni detenute dalla p.a. *Contra*, OCCHIENA, *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge sulla privacy*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 408.

³⁴¹ Il citato articolo espressamente prevede, ai primi due commi, che «entro il termine di trenta giorni dalla data della contestazione o notificazione della violazione, gli interessati possono far pervenire all'autorità competente a ricevere il rapporto a norma dell'art. 17 scritti difensivi e documenti e possono chiedere di essere sentiti dalla medesima autorità. L'autorità competente, sentiti gli interessati, ove questi ne abbiano fatto richiesta, ed esaminati i documenti inviati e gli argomenti esposti negli scritti difensivi, se ritiene fondato l'accertamento, determina, con ordinanza motivata, la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento, insieme con le spese, all'autore della violazione ed alle persone che vi sono obbligate solidalmente; altrimenti emette ordinanza motivata di archiviazione degli atti comunicandola integralmente all'organo che ha redatto il rapporto». Possibilità di depositare scritti difensivi che logicamente presuppone la piena cognizione, da parte del datore di lavoro ispezionato, di tutti gli atti probatori utilizzati per la constatazione dell'illecito. In realtà - anticipando quanto esposto in seguito - il differimento in ogni fattispecie del diritto di accesso al momento conclusivo degli accertamenti complessivamente intesi non convince per due ordini di ragioni. In primo luogo, occorre considerare che l'accertamento ispettivo non è unico, ma si suddivide in relazione a ciascun illecito, che è singolarmente sottoposto ai termini di contestazione, decorrenti dalla data di accertamento dell'illecito, e di impugnazione previsti dalla legge n. 689/1981. I richiamati termini, infatti, sono tanti quanti gli illeciti e decorrono autonomamente, in quanto le violazioni possono essere accertate anche in tempi diversi, considerato che talune sono di semplice riscontro, altre di maggiore complessità. Ne deriva che, se la dichiarazione rilasciata assume rilevanza ai fini difensivi con riferimento a diverse tipologie di illeciti, gli uni contestati altri ancora in fase di accertamento, non può ritenersi che l'accesso venga differito sino alla contestazione dell'ultima violazione, che a volte può durare anche diversi mesi se non anni. In secondo luogo, perché già in

Non vi è chi non veda, però, che una simile impostazione svuota completamente di significato il comma 7 dell'art. 24 cit., costituendo nient'altro che un'interpretatio abrogans della disposizione in questione, considerato che al comma 4 del medesimo articolo è già contemplata la possibilità di un accesso c.d. ritardato, essendo ivi disposto che «l'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento».

Negare l'accesso sino alla conclusione del procedimento e, consentirlo solo successivamente al suo epilogo, vuol dire, in sostanza, nient'altro che differirlo.

Quanto inoltre all'estensione del concetto di tutela «dei propri interessi giuridici» richiamati dal comma 7 dell'art. 24 cit., parte della dottrina e della giurisprudenza, ha precisato che esso va inteso non solo con riguardo alla difesa giurisdizionale, ma anche, in coerenza con i principi fissati dall'art. 97 Cost., nel senso di ricomprendervi anche la difesa giustiziale e, soprattutto, procedimentale³⁴². Circoscrivere la difesa dei propri interessi giuridici alla sola tutela giurisdizionale comporta, secondo altra dottrina³⁴³, la logica conseguenza che nelle ipotesi in cui vi sia in gioco la riservatezza di terzi, il diritto di accesso si troverebbe ad essere limitato ai soli titolari di una situazione giuridica soggettiva che abbia la consistenza di un diritto soggettivo o di interesse legittimo, le uniche che permetterebbero poi di adire il giudice. Il che contrasta apertamente con il principio dell'autonomia e

sede di primo accesso ispettivo è possibile che vengano in rilievo i presupposti (ad es. le gravi e reiterate violazioni in materia di orario di lavoro) per l'adozione da parte degli ispettori del provvedimento amministrativo a finalità cautelari di sospensione dell'attività imprenditoriale di cui all'articolo 14 del D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, c.d. Testo Unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, sicché in tal caso, non consentire al datore di lavoro di accedere alle dichiarazioni dei lavoratori sino al momento della contestazione di tutte le violazioni riscontrate, significherebbe precludergli del tutto la possibilità di impugnare il provvedimento sospensivo.

³¹ La norma richiamata testualmente dispone che «in caso di constatata inosservanza delle norme in materia di lavoro e legislazione sociale e qualora il personale ispettivo rilevi inadempimenti dai quali derivino sanzioni amministrative, questi provvede a diffidare il datore di lavoro alla regolarizzazione delle inosservanze comunque sanabili, fissando il relativo termine. In caso di ottemperanza alla diffida, il datore di lavoro è ammesso al pagamento dell'importo delle sanzioni nella misura pari al minimo previsto dalla legge ovvero nella misura pari ad un quarto della sanzione stabilita in misura fissa. Il pagamento dell'importo delle sanzioni amministrative estingue il procedimento sanzionatorio. L'adozione della diffida interrompe i termini di cui all'art. 14 della L. 24 novembre 1981, n. 689, fino alla scadenza del termine per la regolarizzazione di cui al comma 1». Sulla questione dell'accesso agli atti a seguito di diffida si rinvia a PARISI, *Accesso agli atti*, cit.

³⁴² Così CARINGELLA, GAROFOLI, SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007, 423. In giurisprudenza si veda in tal senso Cons. St. sentenza n. 14 del 2004.

³⁴³ CIMINI, *Diritto di accesso e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri, in Tutela dei dati personali e strutture normative*, a cura di CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO, Torino, 2005, disponibile anche sul sito internet www.giustamm.it.

dell'indipendenza del diritto di accesso agli atti rispetto al diritto di agire in giudizio³⁴⁴.

A ciò si aggiunga, inoltre, che non solo non è più praticabile la soluzione della sola visione dell'atto - a seguito delle modifiche apportate al riguardo dalla legge n. 15 del 2005³⁴⁵ - ma altresì inattuabile è la possibilità di disporre, considerate le esigenze contrapposte, che i dati e le generalità dei dichiaranti vengano omessi nel consentire a chi accede di prendere visione e di estrarre copia.

In senso ostativo a tale ultima soluzione depone il fatto che, in sede di visita, il funzionario redige il (primo) verbale di accesso ispettivo, nel cui ambito devono essere riportate tutte le operazioni compiute, con elencazione puntuale, tra le altre, delle generalità delle persone rinvenute "intente a lavorare", e che, come tali, sono state sottoposte ad "interrogatorio"³⁴⁶.

³⁴⁴ Per una sintetica panoramica sul punto, FERRUCCI, *Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla legge. 241/1990*, in www.giustamm.it, ove si legge che «chiaramente affermata, attraverso il collegamento con l'art. 117 Cost., la rilevanza costituzionale del diritto di accesso in sé considerato e non in ragione dell'interesse ad esso, volta per volta, sotteso e bisogno di tutela. L'inquadramento del diritto di accesso tra le situazioni giuridiche autonome o piuttosto all'interno di quelle strumentale-procedimentali aveva determinato, del resto, sotto la vigenza del vecchio testo normativo, un acceso dibattito, risolto a favore della tesi che inquadra tale diritto tra le posizioni strumentali e procedimentali, come tali sottese alla tutela di una situazione giuridica sottostante, legittimante l'esercizio del diritto di accesso. Tale diritto sicuramente risulta svincolato dal diritto di agire in giudizio e dal correlativo diritto alla prova, dal momento che esso non presuppone l'accertamento sulla fondatezza o sull'ammissibilità dell'eventuale domanda che l'interessato potrebbe proporre. La giurisprudenza aveva già precisato che il diritto di accesso non assume un carattere meramente strumentale alla difesa in giudizio della situazione sottostante e che lo stesso ha una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale e dalla stessa possibilità di instaurazione del medesimo. L'azione a tutela dell'accesso garantisce, dunque, all'amministrato la trasparenza della p. a., indipendentemente dalla lesione, in concreto, di una determinata posizione di diritto o di interesse legittimo, mentre l'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi viene elevato a bene della vita autonomo, meritevole di tutela, a prescindere dalle posizioni sulle quali potrebbe eventualmente incidere l'attività amministrativa».

³⁴⁵ L'attuale referente normativo dell'articolo 24, comma 7, cit. non contempla più tale limitazione modale che, tra l'altro, come già accennato, non costituisce efficace strumento di garanzia dell'anonimato del lavoratore dichiarante. Conseguentemente non può condividersi l'affermazione del TAR Veneto, sentenza 27 aprile 2006, n. 1130, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale «in linea di massima, deve ritenersi che nel contrasto tra il diritto del datore di lavoro a conoscere le dichiarazioni rese dai dipendenti nel corso del procedimento ispettivo ed il diritto alla riservatezza degli stessi, prevalga quello del primo, con la conseguenza che lo stesso ha titolo all'accesso in modo totale (cioè comprensivo dell'estrazione di copia) per quanto concerne le dichiarazioni rese dagli ex dipendenti (non più soggetti a possibili ritorsioni), e nella forma della sola visione per quanto riguarda i dipendenti ancora in forze».

³⁴⁶ In tal senso dispongono gli articoli 14, commi primo e secondo, e 15, comma primo, del Decreto direttoriale del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali 20 aprile 2006, *Codice di comportamento degli ispettori del lavoro*, ove si legge, rispettivamente, che «a conclusione della visita ispettiva, il personale ispettivo redige il verbale di accertamento e, nei casi di accertamento di illeciti amministrativi, il relativo processo verbale di contestazione/notificazione. Il verbale di accertamento deve riportare gli elementi di fatto acquisiti e documentati e contenere l'indicazione dei

Stessa considerazione attiene al verbale conclusivo degli accertamenti (c.d. Verbale di contestazione/notificazione di illecito), le cui conclusioni finali, alle quali è pervenuto l'ispettore, devono essere adeguatamente motivate, anche al fine di prevenire il contenzioso amministrativo e/o giurisdizionale³⁴⁷.

Altresì impeditiva, in secondo luogo, è la considerazione secondo la quale «*la situazione di lavoro in cui versa il dipendente di una impresa di medie e grandi dimensioni, è certamente diversa da quella in cui si trova ad operare un lavoratore di un'impresa di piccole dimensioni. Mentre la dichiarazione resa dal lavoratore operante nella prima situazione, se portata a conoscenza del datore di lavoro nei contenuti, ma non nell'autore, può restare anonima in quanto la riconduzione all'autore può rivelarsi difficile, non altrettanto può dirsi nel caso in cui la dichiarazione sia resa da un lavoratore che opera in un'impresa di piccole o piccolissime dimensioni, atteso che in tale caso la dichiarazione da questi resa, ancorché coperta dagli omissis circa il nominativo, può essere facilmente ricondotta al suo autore*»³⁴⁸.

Senza trascurare, infine, che in talune circostanze l'eventuale anonimato sul nominativo del lavoratore dichiarante può, di fatto, ostacolare il pieno esercizio da parte del datore di lavoro del suo diritto a difendersi³⁴⁹.

dati necessari per l'adozione dei provvedimenti di competenza anche di altre amministrazioni, nonché gli organi amministrativi ai quali vanno inoltrati eventuali ricorsi», e che «Il processo verbale deve contenere ogni elemento utile a garantire una cognizione precisa e circostanziata dei fatti e ad assicurare la possibilità di difesa del presunto trasgressore». A tal proposito si deve segnalare che la recente legge 3 novembre 2010, n. 183, espressamente prevede, all'art. 35, che «alla conclusione delle attività di verifica compiute nel corso del primo accesso ispettivo, viene rilasciato al datore di lavoro [...] il verbale di primo accesso ispettivo contenente: a) l'identificazione dei lavoratori trovati intenti al lavoro e la descrizione delle modalità del loro impiego; b) la specificazione delle attività compiute dal personale ispettivo [...]». Nello specifico si deve segnalare che la questione è stata affrontata anche in giurisprudenza dal T.A.R. Emilia Romagna, sentenza 5 aprile 2001, n. 299, il quale ha affermato che «d'altra parte, anche se fossero ipotizzabili ritorsioni di sorta, è logico pensare che queste potrebbero essere messe in atto indipendentemente dalla conoscenza delle dichiarazioni rilasciate dalle lavoratrici, tenuto conto che l'identità di costoro, menzionate nominativamente negli atti di verbalizzazione notificati, è conosciuta dal rappresentante della società»; e, in modo ancor più incisivo, dal T.A.R. Veneto sentenza 14 maggio 2003 n. 2760: «... avendo già, in thesi, quei determinati lavoratori reso dichiarazioni tali da avere indotto gli organi ispettivi a muovere addebiti al datore di lavoro, ed essendo, perciò, noti i loro nomi e la sostanza brutta delle loro dichiarazioni (non fosse altro dalle risultanze del verbale ispettivo), non si vede che senso abbia dire che occorre tenere riservate le loro dichiarazioni».

³⁴⁷ Cfr. Art. 16 del Decreto direttoriale del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali 20 aprile 2006, *Codice di comportamento degli ispettori del lavoro*.

³⁴⁸ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, sentenza 1 febbraio 2008, n. 900.

³⁴⁹ Riprendendo l'esempio dell'applicazione della c.d. maxisanzione per lavoro nero - che, come detto, è parametrata in parte ai giorni di lavoro nero effettivo riscontrati - è evidente che non

Le conclusioni raggiunte - in punto di diritto di accesso del datore di lavoro alle dichiarazioni dei lavoratori rese agli organi di vigilanza in sede di verifica ispettive - consentono altresì di muovere talune considerazioni critiche alle ricorrenti affermazioni giurisprudenziali³⁵⁰ secondo le quali « *il diritto alla difesa della ditta ricorrente e quindi il diritto all'accesso alla richiesta documentazione*» prevale tutte le volte in cui « *le esigenze di tutela delle due lavoratrici non sussistono, in quanto risulta che il loro rapporto di lavoro con la ditta si sia già concluso, per cui sono da escludersi eventuali ritorsioni o pressioni. Del pari l'attività ispettiva del Ministero del lavoro è giunta ad una fase ormai avanzata, per cui la comunicazione alla ditta richiedente dei verbali contenenti le dichiarazioni delle due dipendenti non comprometterebbe l'ulteriore attività anche sanzionatoria del Ministero medesimo*».

Da un lato, infatti, risulta ormai chiaro come non possa che dissentirsi con riferimento alla prima delle affermazioni svolte. Il Collegio, procedendo sulla base del solo esame della situazione fattuale, applica sostanzialmente la lettera c) dell'articolo 3 del d.m. citato che disciplina la durata dell'esclusione dell'accesso finché perdura il rapporto di lavoro.

Come visto, invece, la prevalenza del diritto di difesa importa che nessuna distinzione può svolgersi tra rapporti di lavoro cessati e rapporti in essere.

Dall'altro, senz'altro condivisibile è, invece, la seconda affermazione in merito alla circostanza che il diritto di accesso non può essere differito nel caso in cui gli accertamenti ispettivi si siano ormai quasi conclusi. Una volta completata, infatti, la fase della c.d. constatazione degli elementi di fatto, l'accesso del datore di lavoro alle dichiarazioni dei lavoratori non costituisce ostacolo alla prosecuzione del procedimento ispettivo verso le successive fasi di contestazione/notificazione dell'illecito e di irrogazione delle conseguenti sanzioni amministrative, essendo ormai acquisite agli atti le prove storiche³⁵¹.

conoscere l'identità del lavoratore che ha dichiarato la data di inizio del rapporto di lavoro ed i periodi di lavoro effettivo significa escludere di fatto al datore di lavoro la possibilità di approntare una controdeduzione.

³⁵⁰ Cfr. T.A.R. Abruzzo, sez. I, sentenza 11 aprile 2008 n. 403.

³⁵¹ Il procedimento ispettivo in materia di lavoro può idealmente suddividersi, infatti, in tre fasi: 1) fase della constatazione dei fatti, in cui vengono raccolte, nel modo più completo possibile, le informazioni e la documentazione in merito ad una situazione di fatto; 2) fase della contestazione e notificazione dell'illecito, in cui la situazione di fatto accertata viene qualificata dal punto di vista giuridico come illecita e si provvede a rendere edotta la parte ispezionata delle violazioni commesse; 3) fase dell'irrogazione delle sanzioni, a seguito della quantificazione delle stesse.

Senza trascurare, in aggiunta, che l'accesso agli atti potrebbe consentire allo stesso lavoratore, a seguito anche di pressioni del datore di lavoro, di apportare delle rettifiche alle dichiarazioni rese in sede di accesso ispettivo qualora erroneamente rilasciate (rettifiche che saranno, ovviamente, oggetto di effettiva considerazione da parte dell'organo ispettivo, purché corroborate da riscontri certi e predeterminati).

Una soluzione attenta ed interessante al problema del rapporto accesso/riservatezza, e, più in generale, alla questione della corretta comprensione dell'impatto, sul sistema delle cause di esclusione dall'accesso, della clausola di prevalenza contenuta al comma 7 dell'art. 24 cit., è stata di recente prospettata, in chiave strettamente giuridica, da alcune pronunce del T.A.R. Lazio³⁵².

Pur senza dimenticare che intanto può parlarsi realisticamente del rapporto tra accesso alle dichiarazioni rese dai lavoratori - ai sensi del comma 7, dell'art. 24 cit. - e riservatezza di questi ultimi, in quanto si dia per scontato l'attuale vigenza del regolamento ministeriale n. 757/1994 anche con riferimento al nuovo assetto normativo³⁵³, merita di essere considerata la riflessione giurisprudenziale del T.A.R. romano secondo la quale la prevalenza del diritto all'accesso agli atti deve essere riconosciuta solo se si è in presenza di una motivazione del verbale ispettivo che non sia di per sé idonea a consentire l'esercizio del diritto di difesa del trasgressore.

E' noto che l'art. 3 della legge n. 241 del 1990 e, nel dettaglio, gli artt. 15 e 16 del Decreto direttoriale 20 aprile 2006, c.d. *Codice di comportamento degli ispettori del lavoro* – ove è rispettivamente stabilito che «*il processo verbale deve contenere ogni elemento utile a garantire una cognizione precisa e circostanziata dei fatti e ad assicurare la possibilità di difesa del presunto trasgressore*» e che «*le conclusioni finali del verbale d'accertamento alle quali è pervenuto l'ispettore devono essere adeguatamente motivate, anche al fine di prevenire il contenzioso amministrativo e/o*

³⁵² Il riferimento è alle sentenze “gemelle” del T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, nn. 5671/10, 5672/10 e 6916/10.

³⁵³ Per parlare di prevalenza, ex art. 24, comma 7, cit. dell'accesso sulla riservatezza perché «*deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*», è logicamente necessario, infatti, che vi sia almeno un elemento recessivo, ossia che vengano ritenute ancora operanti le limitazioni stabilite dal D.m. n. 757/1994. Cosa che invece si è dimostrato nelle pagine precedenti di dover escludere, e che importa, conseguentemente, l'effetto di far venir meno del tutto la predetta questione perché l'accesso non può, allo stato della normativa secondaria, essere limitato in ambito lavoristico per motivi di *privacy*, non essendo stato ancora adottato il regolamento di natura governativa (ex lege n. 400/88) che disciplini, ai sensi del comma 6 dell'art. 24 cit. gli atti esclusi per motivi di riservatezza.

giurisdizionale» - impongano al personale ispettivo di motivare il proprio verbale e di descrivere l'esito degli accertamenti con la massima precisione, completezza e chiarezza, così da consentire al trasgressore di potersi difendere.

Ciò posto, l'aspetto che maggiormente caratterizza le recenti pronunce del T.A.R. del Lazio - tanto da aver formato oggetto di una circolare I.N.A.I.L.³⁵⁴ - è dato dalla rilevanza attribuita, per la prima volta, alla motivazione del verbale ispettivo allorquando viene affermato, nello specifico, che *«nessuna ragione può giustificare una deroga alla regola della riservatezza della documentazione acquisita dagli ispettori del lavoro, quando il diritto di difesa delle società sottoposte ad ispezione risulta comunque garantito dall'obbligo di motivazione degli atti di contestazione e dalla documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto a possedere»*.

Sulla base di tale autorevole orientamento giurisprudenziale, in sostanza, le pubbliche amministrazioni sono chiamate a valutare ed a decidere in merito all'istanza di accesso agli atti valutando l'effettiva attualità e concretezza dell'interesse vantato dall'istante in relazione al contenuto della motivazione del verbale ispettivo³⁵⁵.

Tuttavia, come visto, anche questa impostazione deve essere scartata perché la necessità che l'istanza di accesso sia sorretta da un interesse sottostante *«attuale, diretto e concreto»* è richiesta, dall'art. 22, comma 1, lett. b), cit., con riferimento all'accesso c.d. esoprocedimentale, all'istanza cioè proveniente da terzi esterni al procedimento, mentre relativamente all'istanza di accesso c.d. endoprocedimentale (o diritto di visione), proveniente da soggetti interessati al procedimento *ex art. 10* della legge n. 241/1990 perché interventori necessari - come è certamente nello specifico il datore di lavoro - non necessita di essere supportata dalla dimostrazione

³⁵⁴ Il riferimento è alla nota INAIL del 23/04/2010

³⁵⁵ In tal senso anche ANASTASIO, *Accesso agli atti ispettivi e dichiarazioni dei lavoratori*, in *Diritto & pratica del lavoro*, 2009, n. 10, 618. L'Autore conclude, infatti, affermando che proprio *«queste ultime sentenze sembrano dare la risposta alla questione sulla necessità della conoscenza delle dichiarazioni dei lavoratori per la difesa giudiziale delle ditte ispezionate. Il quesito troverebbe un'agevole risposta allorquando le contestazioni mosse al datore dovessero basarsi, esclusivamente, sulle dichiarazioni dei lavoratori. Appare chiaro che, in tal caso, per inficiare il ragionamento ispettivo, diverrà necessario sindacare la rispondenza dell'esito dell'accertamento rispetto alle risultanze istruttorie e quindi avere contezza di tali elementi. Viceversa, qualora le dichiarazioni dei lavoratori dovessero riproporre uno scenario già constatato dall'organo di vigilanza in sede di accesso ispettivo, non si ravvisa, a parere dello scrivente, quella indispensabilità invocata dall'art. 24, comma 7, della legge n. 241/1990»*.

da parte di quest'ultimo della titolarità di un interesse sottostante di tale fattura, in quanto si tratta di soggetti legittimati per ciò solo alla “visione” degli atti del procedimento.

V) Segue: le richieste di intervento.

Nell'ambito della categoria delle dichiarazioni dei lavoratori vi rientrano, oltre a quelle rese in sede di accesso ispettivo, anche quelle direttamente assunte dall'ispettore addetto presso il c.d. Ufficio relazioni con il pubblico (c.d. U.R.P) della Direzione provinciale di appartenenza. Dichiarazioni attraverso le quali, dopo l'indicazione delle generalità del dichiarante³⁵⁶ e l'esposizione sommaria dei fatti, viene il più delle volte presentata una richiesta di intervento (c.d. R.I)³⁵⁷.

³⁵⁶ È interessante notare che non hanno generalmente seguito, e sono viste con sfavore, le denunce anonime in quanto il più delle volte provenienti da soggetti imprenditoriali concorrenti rispetto al denunciato. Sfavore che emerge, poi, anche dal codice di procedura penale: si pensi, ad esempio, all'art. 240 c.p.p. in forza del quale i documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquisiti né in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano il corpo del reato o provengano comunque dall'imputato; all'art. 195, comma 7, c.p.p. che sancisce l'inutilizzabilità della testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame; all'art. 203 c.p.p. che pure prevede l'inutilizzabilità delle informazioni rese dagli informatori alla polizia giudiziaria quando il nome di tali informatori non venga svelato.

³⁵⁷ La presentazione della denuncia amministrativa, o della R.I. se si preferisce, da parte del soggetto privato non muta, infatti, la natura del procedimento sanzionatorio che è, e resta, ad iniziativa d'ufficio, cambiando in tali ipotesi semplicemente la fonte di acquisizione della notizia del fatto illecito. Infatti, l'eventuale dovere di procedere, ricorrendone effettivamente i presupposti, sussiste a monte della richiesta, e non scaturisce da essa. Secondo un'elaborazione dottrinale – le parole sono di SANTORO, *Denuncia del lavoratore e obblighi della Dpl*, in www.uilbasilicata.it/Denuncia_lavoratore_obblighi_DPL.pdf - che è di interesse riportare testualmente, «la PA in via generale, non ha l'obbligo di provvedere nei confronti di denunce dei privati dirette ad eccitare il proprio potere sanzionatorio. Questo perché il denunciante non è, di regola, titolare di un interesse diretto, giuridicamente qualificato, alla repressione dell'illecito, bensì di un interesse di mero fatto. Secondo tale ragionamento il privato non potrebbe vedere accrescere la propria sfera giuridica neppure nell'ipotesi dell'esercizio concreto del potere sanzionatorio, susseguente al proprio atto; in altri termini, l'irrogazione della sanzione al destinatario sarebbe irrilevante per il patrimonio giuridico del dichiarante. [...] L'impostazione illustrata ha ricevuto un recente avallo giurisprudenziale, ove si è sostenuto che "le segnalazioni fanno sempre sorgere un dovere di provvedere soltanto a seguito di un atto deliberativo con il quale il soggetto competente ritiene sussistenti i requisiti previsti dalla legge o ricavabili dai principali generali dell'azione amministrativa (T.A.R. Calabria, Catanzaro, n. 523/2008). [...] Pertanto, la richiesta d'intervento del prestatore vincola certamente la D.p.l. a svolgere la pre-istruttoria; ma non è ancora chiaro se la denuncia, come tale, obblighi a svolgere l'istruttoria ordinaria, cioè a procedere. A questo proposito la dottrina surriferita ha precisato che sussiste l'obbligo per la PA di procedere, in caso di presentazione dell'istanza, se le norme attributive del potere all'autorità pubblica considerino rilevante l'interesse del soggetto istante (c.d. denuncia qualificata). Ora, nel campo della potestà sanzionatoria delle D.p.l. in materia di lavoro appare alquanto evidente che le relative disposizioni siano dettate, oltre che nell'interesse pubblico, anche nell'interesse del lavoratore. Si pensi all'interesse alla contribuzione previdenziale, all'informazione sui vari aspetti del rapporto di lavoro, al rispetto delle regole sui tempi di lavoro a tutela dell'integrità psico-fisica, e così via. Si può anzi ritenere che tali interessi del lavoratore siano così rilevanti per l'ordinamento, da far assurgere ad interesse pubblico l'intero svolgimento del rapporto di lavoro, a differenza degli altri rapporti contrattuali, limitati all'area privatistica. Tale orientamento, tendente a distinguere a seconda del soggetto dal quale promana la segnalazione, è stato confermato da un'autorevole fonte giurisprudenziale, che ha stabilito che le richieste dei privati dirette ad eccitare i poteri sanzionatori

Semplificando, la R.I. costituisce una sorta di denuncia-esposto che si caratterizza, nello specifico, sia per il fatto di provenire da un soggetto (il lavoratore) in stato di soggezione (perché in posizione di dipendenza rispetto al denunciato), sia, dal punto di vista contenutistico, perché in essa vengono indicate in modo dettagliato le inosservanze che si imputano al datore di lavoro, accompagnate dalla documentazione probatoria connessa alla richiesta medesima³⁵⁸.

E' intuitivo, quindi, che anche con riferimento a tale tipologia di atti si pongono quelle esigenze di riservatezza, sin qui analizzate, tant'è che lo stesso d.m. n. 757 del Ministero del Lavoro aveva tentato di approntare una tutela attraverso le previsioni di cui agli articoli 2, lett. b), e 3, lett. b), sottraendo le R.I. all'accesso finché *«perdura il rapporto di lavoro, o per il periodo di cinque anni decorrenti dalla data del provvedimento che chiude il procedimento di cui fanno parte»*.

della PA vanno distinte in due categorie: l'istanza ed il mero esposto (Cons. di Stato, sent. n.2318/2007). La prima proviene dal soggetto che ha un interesse specifico e rilevante, che valga a differenziare la sua posizione da quella della collettività nel suo insieme; la seconda categoria, invece, è atto di chi non ha alcun interesse immediato e differenziato da far valere, il c.d. *quisque de populo*. Orbene, secondo il Supremo Consesso, mentre l'istanza fa sorgere nell'autorità il dovere di procedere, il semplice esposto non determina alcun vincolo». Lo stesso Autore segnala inoltre come dall'esame di alcuni orientamenti giurisprudenziali d'interesse in argomento, emerge che l'obbligo della pa di provvedere non sussista, certamente, nel caso in cui l'istanza sia esorbitante dalle attribuzioni dell'organo destinatario o manifestamente infondata. *«La denuncia del lavoratore»* - prosegue - *«per obbligare davvero la D.p.l. a procedere, proprio in omaggio al principio di buon andamento previsto dall'art. 97 Cost. che fonda il potere della p.a. di provvedere (art. 2, c.1, legge n. 241 cit.), deve essere effettivamente idonea a stimolare la potestà sanzionatoria, o più precisamente la potestà accertativi, che necessariamente precede la prima. In altri termini, la richiesta d'intervento deve essere puntuale, circostanziata e soprattutto fondata, ciò che, nel peculiare campo degli accertamenti ispettivi, significa supportata da adeguato materiale probatorio. Può allora dirsi che il dovere della D.p.l. di procedere con gli accertamenti, nei confronti della richiesta di intervento presentata dal lavoratore diretto interessato, sussiste sempre in astratto, ma è in concreto condizionato dai caratteri effettivi della segnalazione, da cui l'attività accertativi non può, per l'indole sua propria, mai prescindere. Pertanto, quanto più la denuncia si riveli corredata da riscontri probanti, tanto più sarà penetrante il vincolo di avviare il procedimento accertativi; all'opposto, quanto più generica e sprovvista di supporti probatori sarà la richiesta di intervento, meno pregnante sarà l'obbligo procedimentale dell'Ufficio, sino a scomparire del tutto nelle ipotesi di esposti palesemente infondati sprovvisti di qualsivoglia elemento di riscontro, o addirittura pretestuosi o inverosimili»*. Rimane comunque, secondo l'opinione di scrive, che non è dalla richiesta di intervento in sé per sé, quand'anche dettagliata e fondata, che scatta l'obbligo di azionare i poteri accertativi-sanzionatori, ma dalla violazione dei precetti sanzionati amministrativamente, di cui v'è testimonianza nella R.I., i quali sono, come detto all'inizio, a monte della stessa. Tant'è che nella stessa Direttiva del Ministro del Lavoro datata 18 settembre 2008 (c.d. Direttiva Sacconi) rivolta ai servizi di vigilanza ispettiva, si afferma che *«la semplice presentazione agli uffici di una richiesta di intervento non costituisce una ipotesi riconducibile all'art. 2, c.1, della legge n. 241/1990, e dunque di per sé non comporta per l'amministrazione l'obbligo di dare necessariamente corso alla visita ispettiva»*.

³⁵⁸ Nelle richieste di intervento redatte dal funzionario ispettivo addetto all'U.R.P. e sottoscritte dal lavoratore denunciante, sono indicate, infatti, tutte le informazioni inerenti il datore di lavoro, il rapporto di lavoro, le modalità di articolazione temporale della prestazione, nonché , infine, l'oggetto della richieste di verifica.

Al pari intuitiva è però la conclusione che anche tali ultime disposizioni non si sottraggono, oltre alla considerazione di appartenere ad un testo normativo non più vigente, alla censura, ove si opinasse in senso opposto, di essere in aperto contrasto con l'art. 24, comma 7, cit., con la conseguenza che, in ogni caso, dovrebbe comunque necessariamente procedersi nel senso della disapplicazione del d.m. e dell'accoglimento dell'istanza di ostensione.

Ciò non toglie, tuttavia, che anche l'istanza di accesso del datore rivolta alla conoscenza di una R.I. possa comunque incontrare dei limiti.

Se, infatti, non vi sono dubbi, con riferimento agli atti ispettivi veri e propri (come le dichiarazioni rese dai lavoratori), circa la titolarità in capo al datore di lavoro sanzionato di un interesse alla conoscenza degli stessi in quanto «*necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*»³⁵⁹, altrettanto non può, sempre e comunque, essere asserito nel caso delle R.I., in quanto non sempre le notizie ivi contenute si rivelano connesse ad illeciti poi effettivamente contestati.

Il più delle volte emerge, invero, che l'interesse esclusivo del datore di lavoro ha natura di mera curiosità, non meritevole, per questo, di essere tutelato ex art. 24, comma 7, cit. in quanto la conoscenza dell'atto non è, in tali ipotesi, “necessaria” per approntare un'adeguata difesa³⁶⁰.

³⁵⁹ A tal riguardo pregevole è l'analisi compiuta da RAUSEI, *Accesso agli atti ispettivi*, cit., secondo il quale: «Ben è vero, infatti, che l'esercizio del diritto di accesso necessita della preventiva individuazione, da parte di chi propone l'istanza, di un proprio interesse che deve essere[...]:*“diretto”, e cioè proprio e personale, quale, in effetti, è quello che il datore di lavoro ispezionato vanta nel momento in cui gli perviene il provvedimento di contestazione delle sanzioni amministrative con annesso verbale di accertamento degli illeciti; *“concreto”, nel senso che deve risultare evidente un chiaro nesso fra il soggetto che chiede l'accesso ai documenti e i beni giuridici interessati dal documento, come è per il datore di lavoro per il solo fatto di risultare destinatario del verbale di accertamento e del relativo provvedimento sanzionatorio e per l'intenzione di predisporre difese opportune per attivare i rimedi di contenzioso amministrativo e giudiziario previsti dalla legge; *“attuale”, l'interesse deve rivestirsi di attualità perché il suo portatore possa dirsi titolare del diritto di accesso, con riferimento alla incidenza immediata della conoscenza dei contenuti degli atti con riferimento al momento stesso in cui si avanza l'istanza: in tal senso non può non dirsi attuale l'interesse del soggetto ispezionato che si è visto notificare i provvedimenti sanzionatori conclusivi dell'ispezione, avverso i quali gli viene riconosciuto dalla legge il termine di trenta giorni per la predisposizione delle prime difese in via amministrativa».

³⁶⁰CIMINI, *Diritto di accesso e riservatezza*, cit., 29.

E' la necessità (*rectius*, indispensabilità)³⁶¹ di conoscere e di utilizzare la documentazione per la difesa delle proprie ragioni in sede contenziosa, amministrativa o giurisdizionale, che qualifica l'interesse all'accesso come meritevole, o, se si vuole, qualifica realmente il datore di lavoro come soggetto endoprocedimentale (ex art. 10, l. n. 241/1990). E ciò non sempre è vero con riferimento all'istanza di accesso alle R.I., rispetto alla quale deve procedersi, in definitiva, mediante un approccio casistico.

Non può che condividersi, quindi, l'affermazione svolta dal TAR Abruzzo³⁶² in una controversia avente ad oggetto l'istanza di accesso del datore di lavoro *«agli atti di iniziativa e preiniziativa, quali denunce ed esposti effettuati nei suoi confronti»*. Nell'occasione affrontata il Collegio adito ha avuto modo di far rilevare, condivisibilmente, che *«né tali denunce possono assumere particolare rilevanza per il datore di lavoro ai fini della difesa dei propri interessi, in quanto tale soggetto ben può accedere – come in effetti poi ha avuto modo di accedere – agli altri atti dell'ispezione effettuata e ben può tutelare i propri interessi con riferimento a quanto poi in concreto emerso da tale ispezione ed alle contestazioni eventualmente formulate dalla Amministrazione»*³⁶³.

Sul punto, un'attenta dottrina³⁶⁴ si era già posta, in passato, la questione se l'aver previsto una forma di accesso agli atti del procedimento escluda implicitamente la possibilità di esercitare il diritto di accesso in ordine ad atti amministrativi che sono stati compiuti prima dell'inizio del procedimento (c.d. atti pre-istruttori).

Nel criticare una sentenza del T.A.R. Lazio³⁶⁵ – con la quale si era ritenuto sussistente l'obbligo in capo all'amministrazione di consentire l'accesso anche agli atti pre-istruttori fatta salva la possibilità del differimento – si affermò brillantemente che *«la questione nella specie da affrontare è quella di vedere se, nel caso in cui*

³⁶¹ In dottrina, afferma che il requisito della «necessità» debba intendersi come «indispensabilità», CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza*, cit., 458, il quale, poi, precisa che grava sul titolare del diritto di accesso l'onere di provare che per tutelare il proprio interesse giuridico non esiste alcuna via diversa dall'accesso a quelle particolari informazioni detenute dalla p.a. *Contra*, OCCHIENA, *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge sulla privacy*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 408.

³⁶² Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, 23 febbraio 2001, n. 198.

³⁶³ Cfr. TAR Abruzzo, Pescara, 23 febbraio 2001, n. 198, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶⁴ VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., 133.

³⁶⁵ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza 8 febbraio 1996, n. 177.

vengano compiuti accertamenti preliminari che non necessariamente sfociano in un procedimento, all'amministrazione debba o meno riconoscersi un ambito di riservatezza (anche a tutela degli interessati, i quali non avrebbero neanche la possibilità di interloquire in tale stadio preliminare e potrebbero essere esposti a fughe di notizie)» e che «la risposta [...] è positiva. Gli accertamenti preliminari compiuti dall'amministrazione, per definizione, hanno natura riservata onde non è ammissibile, per tale motivo, una domanda di accesso che gli atti formati nel corso degli stessi. D'altra parte, nel momento in cui il procedimento – a seguito degli accertamenti preliminari – avrà inizio, gli interessati potranno prendere visione ed estrarre copia anche degli atti formati nel corso della fase degli accertamenti preliminari, ove questi siano allegati al fascicolo del procedimento e, pertanto, siano rilevanti ai fini della conclusione dello stesso».

Trasferendo il ragionamento all'ambito delle ispezioni del lavoro, deve affermarsi che non deve trovare accoglimento l'istanza del datore di lavoro alle R.I. volte a verificare, indipendentemente dall'apertura di un procedimento ispettivo, se qualche lavoratore dipendente abbia sporto denuncia. Solo all'esito della notifica del verbale di contestazione, infatti, il datore di lavoro diventa legittimato ad intervenire – ex art. 10 della legge 241/1990 – nel procedimento.

A diverse conclusioni si deve pervenire, invece, se nell'ambito della R. I. siano emersi elementi, di fatto e probatori, connessi a violazioni successivamente contestate³⁶⁶. In tali ipotesi non può dubitarsi che colui che subisce un procedimento ispettivo abbia un interesse qualificato a conoscere integralmente tutti i documenti

³⁶⁶ Interessante al riguardo è la pronuncia del T.A.R. Campania, Napoli, sez. V., 17 novembre 2006, n. 9836, ove si legge « Come ribadito dalla riforma del 2005 del Capo V della legge n. 241 del 1990 (artt. 15-17 della legge n. 15 del 2005), nonché dal nuovo Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi, di cui al citato d.P.R. n. 184 del 2006, la domanda di accesso deve essere circoscritta a specifici documenti compiutamente identificati o identificabili che risultino collegati con la situazione giuridica "di base" per la cui tutela il diritto di accesso viene esercitato. Secondo un principio di proporzionalità (che vale non solo a carico della p.a., ma, reciprocamente, nell'ambito di un corretto rapporto tra amministrazione e cittadini, anche a carico del cittadino che si faccia avanti a presentare istanze all'amministrazione), nonché secondo elementari criteri di economia dei mezzi giuridici, la domanda di accesso non può essere palesemente sovradimensionata rispetto all'effettivo interesse conoscitivo del soggetto, ed è onere di quest'ultimo, in sede di domanda di accesso (che, si rammenta, deve essere adeguatamente motivata: art. 24, comma 2, primo periodo, della legge n. 241 del 1990), specificare il puntuale collegamento che lega il documento richiesto con la propria posizione soggettiva meritevole di tutela».

amministrativi utilizzati nell'esercizio del potere di vigilanza, a cominciare dagli atti d'iniziativa e di preiniziativa, quali, appunto, denunce o esposti³⁶⁷.

Il problema, semmai, risiede nella circostanza che nelle ipotesi di rifiuto all'accesso la motivazione può di fatto essere sacrificata dalla circostanza che il comma 4 dell'art. 25 della legge n. 241/1990 prevede un'ipotesi di silenzio diniego, disponendo che «*decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta*»³⁶⁸.

In chiusura, merita di essere segnalato altresì che, recentemente, il Consiglio di Stato³⁶⁹, ha a tal proposito osservato che «*il diritto alla riservatezza non può certamente essere invocato quando la richiesta di accesso ha ad oggetto, come nella presente fattispecie, il nome di coloro che hanno reso denunce o rapporti informativi nell'ambito di un procedimento ispettivo*³⁷⁰[..] *La denuncia o l'esposto, invero, non può considerarsi un fatto circoscritto al solo autore e all'Amministrazione competente al suo esame ed all'apertura dell'eventuale procedimento, ma riguarda direttamente anche i soggetti "denunciati", i quali ne risultano comunque incisi*».

³⁶⁷ Cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza 25 giugno 2007, n. 3601, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo il quale «*Nell'ordinamento delineato dalla L. n. 241/1990, ispirato ai principi della trasparenza, del diritto di difesa e della dialettica democratica, ogni soggetto deve poter conoscere con precisione i contenuti e gli autori di esposti o denunce che, fondatamente o meno, possano costituire le basi per l'avvio di un procedimento ispettivo o sanzionatorio, non potendo la p.a. procedente opporre all'interessato esigenze di riservatezza, foss'anche per coprire o difendere il denunciante da eventuali reazioni da parte del denunciato, le quali, comunque, non sfuggirebbero al controllo dell'autorità giudiziaria*».

³⁶⁸ CIMINI, *Diritto di accesso e riservatezza*, cit., 29.

³⁶⁹ Cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza 25 giugno 2007, n. 3601

³⁷⁰ Nello stesso senso Cons. St., sez. V, 22 giugno 1998, n. 923.

VI) L'attinenza dell'interesse dei lavoratori alla segretezza delle dichiarazioni rilasciate rispetto alla nozione di privacy.

Quanto appena riportato pone, infatti, un importante interrogativo: la situazione soggettiva riconosciuta in capo ai lavoratori, ossia l'interesse alla segretezza delle dichiarazioni rese agli organi di vigilanza, è effettivamente riconducibile alla nozione di riservatezza?

In dottrina³⁷¹ ed in giurisprudenza³⁷² non sono mancati, infatti, quanti hanno rilevato che nel bilanciamento degli interessi in gioco la ponderazione non attenga tanto al contemperamento tra il diritto di difesa e la tutela della riservatezza della fonte dell'informazione ma riguardi, piuttosto, la tutela del posto di lavoro e dell'integrità psico-fisica dei lavoratori rispetto ad eventuali azioni discriminatorie ed indebite pressioni del datore di lavoro.

A ben vedere, infatti, l'oggetto della "riservatezza" è il bene giuridico costituito dal "dato personale", dall'informazione appartenente alla sfera intima dell'individuo³⁷³, cui l'ordinamento offre tutela di per sé, per evitare l'ingiustificata intrusione, a prescindere dalle eventuali reazioni che possano derivare dalla conoscenza del dato medesimo da parte di terzi (nella fattispecie i datori di lavoro).

Evidente è allora che non a torto alcuni TAR affermano che *«in realtà, la conoscenza delle dichiarazioni rese dai lavoratori agli ispettori [...] non è idonea di per sé a ledere direttamente gli interessi professionali dei lavoratori o la loro 'privacy', come normalmente accade con l'ostensione di quei dati che attengono effettivamente alla sfera di riservatezza: piuttosto, la cognizione delle dichiarazioni dei lavoratori, in relazione alla loro condizione di parte debole del rapporto di lavoro, può agevolare comportamenti illeciti degli imprenditori, come ad esempio*

³⁷¹ Cfr. ESPOSITO, *L'accesso agli atti dell'ispezione in materia di lavoro tra diritto di difesa del datore ed interessi del lavoratore*, in www.lavoroprevidenza.com, 2007; M. PARISI, *Accesso agli atti dell'ispezione*, cit.

³⁷² Cfr. Cons. St., sez. IV, sentenza 10 novembre 1999, n. 1671; TAR Emilia Romagna, sentenza 5 aprile 2001, n. 299; TAR Veneto, sentenza 14 maggio 2003, n. 2760; TAR Piemonte, sentenza 24 giugno 2005, n. 2654; TAR Veneto, sentenza 19 giugno 2006, n. 1810, consultabili in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷³ L'articolo 4, comma 1, lett. b) del D.lgs. 30 giugno 2006, n. 196, recante «Codice in materia di protezione dei dati personali», c.d. Testo unico sulla *privacy*, espressamente definisce come «dato personale, qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale».

intimidazioni o licenziamenti...»³⁷⁴; e che «la riservatezza è mal invocata in quanto la ratio del divieto ivi contenuto [d.m. 757] non era tanto di salvaguardare la privacy dei lavoratori quanto di non esporli a ritorsioni da parte del datore di lavoro»³⁷⁵.

Nella stessa direzione si muove quella dottrina³⁷⁶ secondo la quale «inglobare al bene riservatezza la serie di effetti che potrebbero discendere in ambito lavorativo dalla conoscenza del procedimento ispettivo (cioè ritorsioni, pressioni, intimidazioni, pregiudizi, azioni discriminatorie, etc., realizzate dal datore di lavoro in danno del lavoratore), rende palese come di alcun aspetto di riservatezza si stia realmente parlando: la lesione di tale ultimo bene, infatti, si realizza con l'ingiustificata intrusione nella sfera personale dell'individuo, al di là di ogni successiva conseguenza, di ogni pubblicazione o divulgazione di informazioni o dati illecitamente acquisiti, di ogni ritorsione o pressione che verrà (ed è una mera eventualità) posta in essere ai danni dell'individuo».

Altri³⁷⁷ ancora, nel tentativo di esplicitare altrimenti il ragionamento, hanno sottolineato come anche nel nostro ordinamento vi sia stato il passaggio da una concezione soggettiva e personale del “segreto amministrativo” ad una concezione oggettiva e reale, più consona ad un'amministrazione moderna, con la conseguenza che «il segreto amministrativo, cioè, non è più rapportato alla “qualità” della persona che li detiene (nel caso specifico, la qualità di lavoratore dipendente); nel segreto di nuovo tipo – ove ciò che rileva è la qualità delle informazioni, cioè il loro rapporto con determinati interessi, e non più la “qualità” di chi li detiene – prevale in sostanza l'elemento oggettivo e reale del segreto»³⁷⁸.

Potrebbe non essere un caso, quindi, che la delibera n. 5 del 2000 dell' Istituto nazionale per l'assicurazione degli infortuni sul lavoro (I.N.A.I.L.) - di approvazione del «Regolamento recante norme per la disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi e sulla tutela della riservatezza delle informazioni» - a differenza del d.m. n. 757 del Ministero del Lavoro, faccia riferimento esclusivamente alla

³⁷⁴ Così TAR Piemonte, sentenza 24 giugno 2005, n. 2654, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷⁵ Così TAR Veneto, sentenza 19 giugno 2006, n. 1801, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷⁶ ESPOSITO, *op. ult. cit.*, 2 e ss.

³⁷⁷ CARNATA, FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005, 147.

³⁷⁸ Tesi condivisa da Cons. St., ad. plen., 4 febbraio 1997, n. 5.

riservatezza dei lavoratori senza alcuna motivazione in ordine alle azioni discriminatorie e alle indebite pressioni che potrebbero discendere dalla divulgazione delle dichiarazioni a carico di lavoratori o terzi.

Se a quanto esposto si aggiunge che, a parere del Consiglio di Stato³⁷⁹, la riservatezza non sarebbe comunque pertinente in quanto *«tale situazione giuridica concerne solo quelle vicende collegate in modo apprezzabile alla sfera privata del soggetto, e non anche quelle destinate ad assumere una dimensione di carattere pubblico»*, si intuiscono le importanti ripercussioni che scaturiscono sul piano sostanziale, procedimentale e, infine processuale.

Relativamente al primo versante, la conclusione obbligata da seguire è quella secondo la quale la “delega” ministeriale alla individuazione delle categorie di documenti sottratti all’accesso per esigenze di riservatezza *«sia stata sostanzialmente aggirata, essendo basata sull’esclusiva finalità di “difesa preventiva” da rappresaglie datoriali che (pur riconducibile all’auspicabile salvaguardia della parte debole del rapporto lavorativo) nulla hanno a che fare con la stessa riservatezza»*. Ragionando in tali termini, quindi, poiché risulta non pertinente il richiamo alla riservatezza, viene meno non solo, per intero, il d.m. n. 757, ma anche la stessa applicabilità, alla fattispecie delle dichiarazioni dei lavoratori, dell’intera costruzione normativa contenuta nella legge n. 241/1990 in punto di esclusione dell’accesso per motivi di *privacy*.

Sul versante procedimentale ne discende, invece, l’inapplicabilità - nei confronti della pubblica amministrazione depositaria dell’istanza di accesso - del regime previsto all’art. 3 del d.P.R. n. 184/2006 nella parte in cui è previsto che per controinteressati in senso tecnico si intendono i soggetti che dall’esercizio dell’accesso vedono compromesso il loro diritto alla riservatezza. La pubblica amministrazione, quindi, non è tenuta a dare alcuna comunicazione ai lavoratori al fine di consentire a quest’ultimi di esercitare la facoltà di presentare una motivata opposizione alla richiesta di accesso³⁸⁰.

³⁷⁹ Cfr. Cons. St., sez VI, sentenza 25 giugno 2007, n. 3601, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸⁰ In controtendenza la citata nota dell’Avvocatura I.N.P.S del 10 settembre 2007. Alla considerazione per cui *«in via generale non appare pertanto utilmente contestabile la richiesta di accesso proposta dal datore di lavoro di lavoro in relazione alle dichiarazioni rilasciate nel corso dell’accertamento ispettivo»* si accompagna l’affermazione secondo la quale *“né occorre autorizzazione alcuna dei lavoratori stessi, dovendo la p.a. destinataria della richiesta di accesso solo*

Ai fini dell'operatività dell'istituto partecipativo previsto dall' art. 3, comma 2, del DPR n. 184/2006, occorre infatti fornire un serio principio di prova atto a dimostrare in concreto - soprattutto quando non si versi in alcuno dei casi previsti agli artt. 59 e 60 del D.lg.vo n. 196/2003 - la natura riservata delle "informazioni" contenute negli atti e nei documenti dei quali è stata richiesta l'ostensione³⁸¹.

Senza tralasciare i recenti approdi della giurisprudenza amministrativa³⁸² secondo la quale, qualora sia stata omessa la comunicazione prevista all'art. 3 del citato d.P.R. n. 184/2006, «*resta fermo anche per l'accesso il principio del raggiungimento dello scopo di cui all'art. 21-octies della l. 241/1990, onde le norme sulla partecipazione al procedimento amministrativo non possono esser applicate meccanicamente e formalisticamente (arg. ex Cons. St., V, 9 ottobre 2007 n. 5251)*».

In chiave processuale, inoltre, se ne deduce che non trova applicazione il disposto di cui all'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034: il ricorrente non deve, cioè, notificare il ricorso avverso il diniego di accesso al lavoratore, atteso che, nel caso di specie, questi non riveste la qualifica di controinteressato³⁸³.

darne comunicazione ai soggetti controinteressati, attraverso invio dell'istanza con raccomandata a.r. (art. 3, c.1, d.P.R. 12.4.2006, n. 184)». Attenta dottrina, LIPARI, *L'amministrazione pubblica tra trasparenza e riservatezza*, in www.giustizia-amministrativa.it, fa addirittura osservare come alcune amministrazioni, muovendo dal presupposto dell'obbligo della comunicazione al lavoratore interessato, si sono nientemeno impegnate a colmare con regolamento o con prassi operative il vuoto legislativo in ordine alla motivazione anche dei provvedimenti di accoglimento dell'istanza di accesso. E' questo il caso, ad esempio, dell'I.N.A.I.L., che ha adottato efficaci strumenti di tutela procedimentale preventiva della riservatezza, attraverso un *iter* procedimentale che in linea di massima si articola nei seguenti passaggi: innanzitutto la richiesta di accesso viene immediatamente comunicata al soggetto controinteressato; si apre quindi una fase in contraddittorio fra le due parti e, qualora non si arrivi ad una soluzione concordata, l'eventuale accoglimento dell'istanza di accesso viene comunicata al titolare del dato personale; a questo punto, non si procede subito a far accedere l'istante ai documenti, ma si differisce l'esecuzione della determinazione di accoglimento alla scadenza del termine per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo e, in caso di ricorso, l'accesso viene ulteriormente differito fino alla decisione del giudice.

³⁸¹ Salvo a ritenere esistente una divergenza tra la nozione di controinteressato processuale e quella di controinteressato procedimentale.

³⁸² Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, sentenza 21 maggio 2008, n. 4790.

³⁸³ CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 453, secondo il quale il terzo titolare di un diritto alla riservatezza non è configurabile come parte necessaria del processo, essendo tutt'al più qualificabile come un controinteressato di fatto, legittimato ad intervenire *ad opponendum* nel processo oppure mediante lo strumento dell'opposizione di terzo ordinaria. Questo Autore, dunque, esclude sia che il titolare del diritto di accesso debba notificare il ricorso ex art. 25, legge n. 241/1990, al titolare della riservatezza, sia che quest'ultimo possa acquisire la veste di litisconsorte necessario nel processo instaurato dal titolare del diritto di accesso. *Contra*, LIBERATI, *Il procedimento amministrativo, cit.*, 541, il quale riporta che il T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 14 novembre 2002, n. 4954, ha stabilito invece che « *Il fatto che generalmente - in caso di conflitto tra la legittima pretesa di un soggetto a conoscere determinati atti e il diritto del soggetto terzo ad evitare la loro divulgazione ove da essa possa derivare per lui un nocumento morale o economico - debba darsi prevalenza alla prima se la*

Si segnala, per completezza, che alle medesime conclusioni procedurali - volte ad escludere il riconoscimento di un controinteresse all'ostensione delle dichiarazioni rilasciate da parte dei lavoratori interessati - sono addivenute dottrina e giurisprudenza facendo leva su ulteriori argomentazioni ³⁸⁴.

Si esclude, infatti, la pertinenza del richiamo alla riservatezza argomentando non tanto dalla nozione in sé di *privacy*, quanto piuttosto dalla considerazione che «*i lavoratori dichiaranti, accettando di sottoporsi all'esame da parte del personale ispettivo, al quale potrebbero pure sottrarsi, limitandosi a declinare le proprie generalità, hanno evidentemente consentito ad esternare la propria posizione e le informazioni di cui erano a conoscenza, ben consapevoli delle conseguenze giuridiche delle stesse*»³⁸⁵.

conoscenza degli atti in questione è necessaria per la cura di interessi giuridici meritevoli di tutela (T.A.R. Lazio, I Sez., 14 dicembre 1993 n.1742), non esclude la necessità che tutti i portatori di interessi confliggenti siano ritualmente coinvolti nella vicenda contenziosa dalla quale può derivare una compromissione della loro sfera giuridica. E' pertanto inammissibile il ricorso proposto in materia di accesso ai documenti amministrativi in mancanza di notifica ai soggetti interessati alla riservatezza degli atti, oggetto di richiesta di accesso, che direttamente li riguardano».

³⁸⁴ RAUSEI, *Accesso agli atti ispettivi*, cit. approfondimento a margine della sentenza TAR Abruzzo, 4 aprile 2008, n. 497.

³⁸⁵ Alle stesse conclusioni giunge anche il TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, sentenza 4 aprile 2008, n. 501, a tenore del quale «*le dichiarazioni dei lavoratori sono state assunte nel corso di rituali verbali da parte dell'amministrazione precedente e sono dunque espressione di un'attività propria della P.A. (l'assunzione di informazioni) rispetto alla quale non può ritenersi sussistente alcuna particolare esigenza di riservatezza a tutela dei terzi, posto che i dichiaranti, sottoponendosi all'esame, hanno evidentemente consentito ad esternare la propria posizione e le informazioni di cui erano a conoscenza consapevoli delle conseguenze giuridiche delle stesse. In sostanza, non può ritenersi che i lavoratori dichiaranti posseggano la qualità di controinteressati in senso tecnico rispetto alle loro dichiarazioni assunte a verbale, una volta che le dette dichiarazioni, acquisite alla procedura (e, come sopra detto, poste a base delle contestazioni), siano uscite dalla loro sfera personale».*

VII) La specialità del regime procedimentale previsto dalla legge 24 novembre 1981, n. 689.

Per completare il quadro, occorre fare riproporre anche una tesi “eversiva” della Suprema Corte di Cassazione che esclude *in toto* l’applicazione, all’attività ispettiva svolta dagli organi del Ministero del Lavoro, della legge n. 241/1990, ivi compreso, quindi, l’istituto dell’accesso alle dichiarazioni dei lavoratori.

Secondo questa impostazione – affermata anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁸⁶ - essendo le dichiarazioni rese dei lavoratori ricomprese nell’ambito della documentazione inerente il procedimento sanzionatorio delineato dalla legge n. 689/1981, deve ritenersi che un’applicazione congiunta delle due normative sia da scartare e ciò in ragione del rapporto di specialità, ed allo stesso tempo di incompatibilità, tra le norme di cui alla legge n. 689/1981, prevalenti, e le disposizioni generali di cui alla legge n. 241/1990.

Secondo il ragionamento della Suprema Corte, la legge n. 689/1981, nel disciplinare i procedimenti che si concludono con l’irrogazione di sanzioni amministrative - attraverso disposizioni che scandiscono nel dettaglio i tempi, le facoltà di partecipazione del privato, le modalità di esercizio del potere sanzionatorio - detta in modo esaustivo il regime speciale di interlocuzione e di contraddittorio del cittadino destinatario di sanzioni amministrative.

In particolare, nella richiamata sentenza testualmente si legge che «*in tema di sanzioni amministrative disciplinate dalla legge n. 689 del 1981, l’annullamento dell’ordinanza - ingiunzione può essere pronunciata per violazione di legge anche nel caso in cui si accerti la sussistenza di vizi formali, e cioè derivanti da inosservanza delle regole del procedimento, non potendo però ricomprendersi tra queste quelle stabilite dalla legge n. 241 del 1990 in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi e di disciplina del procedimento amministrativo, le quali non sono applicabili alle fattispecie disciplinate dalla legge n. 689 del 1981, che costituisce legge speciale e che, quindi, prevale sulla legge generale in materia di*

³⁸⁶ Cfr. Cassazione, SU, sentenza n. 9591 del 27 aprile 2006, in *Guida al lavoro*, 2006, 21, 10; Cassazione, sentenza 15 dicembre 2005, n. 27681.

procedimento amministrativo, risultando peraltro previste garanzie di livello non inferiore a quelle stabilite da quest'ultima legge»³⁸⁷.

Riportando il ragionamento su di un piano strettamente normativo, in sostanza si afferma che l'art. 18 della legge n. 689/1981 - che attribuisce all'incolpato la facoltà di presentare scritti difensivi e documenti nonché di chiedere l'audizione prima dell'emissione dell'ordinanza ingiunzione - e l'art. 23 della stessa - che impone al giudice, nel caso di ricorso in opposizione all'ordinanza-ingiunzione, di ordinare alla p.a. il deposito di tutti gli atti di accertamento compiuti dagli organi ispettivi - garantiscono già al datore opponente un livello di tutela pieno e soddisfacente³⁸⁸ che non necessita, anche perché speciale, di essere integrato dall'esterno.

Non sembra però che tale asserzione di principio possa essere condivisa tenuto conto che infondato è il dato di partenza secondo il quale il regime interlocutorio previsto dalla legge n. 689/1981 con riferimento alla conoscenza degli atti dell'accertamento da parte del soggetto sanzionato sarebbe esaustivo, e quindi speciale.

Infatti, oltre a rilevare che in senso diametralmente opposto si sono espresse più voci autorevoli della dottrina³⁸⁹, occorre altresì considerare, nel dettaglio, che la facoltà prevista dall'articolo 18 di depositare scritti difensivi non ha ragion d'essere, in via di fatto, se non si consente l'accesso agli atti dell'ispezione.

Come può ritenersi possibile controdedurre, contestando la completezza e la fondatezza probatoria degli accertamenti eseguiti, se non si consente prima di conoscere gli atti ispettivi ed il contenuto delle dichiarazioni dei lavoratori posti a fondamento della constatazione e della contestazione degli illeciti?

³⁸⁷ Cfr. Cass., sentenza 11 aprile 2003, n. 5790, in *www.italgiure.giustizia.it*.

³⁸⁸ Cfr. SANTORO, *Accesso ai verbali ispettivi*, cit., 41.

³⁸⁹ Così TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, 247, il quale afferma che «*il procedimento-tipo previsto nella legge n. 689 del 1981 per alcuni aspetti è delineato in modo [...] impreciso anche quanto a disciplina per la tutela del contraddittorio (non è previsto neppure il diritto dell'incolpato di prendere visione degli atti del procedimento). Ciò, ovviamente, non impedisce che in via di interpretazione un tale diritto deve essere senz'altro riconosciuto*». Con riguardo a tale ultima affermazione si tenga conto che la stessa è stata svolta in un periodo nel quale non esisteva ancora la possibilità di ancorarsi, normativamente, alla legge n. 241/1990, non essendo la stessa ancora stata approvata. Nella stessa direzione anche COLLA, MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., secondo i quali il problema della mancanza, nell'ambito della legge n. 689/1981, di una previsione normativa che attribuisca il diritto al trasgressore di accedere agli atti dell'accertamento può dirsi «*superato per effetto delle previsioni di accesso contenute nella legge 7 agosto 1990, n.241*».

Lo stesso citato art. 23, nel disciplinare la facoltà del ricorrente di prendere visione degli atti dell'accertamento in sede giurisdizionale, presuppone come già avvenuta la proposizione di un ricorso innanzi all'autorità giudiziaria, da qualificarsi, stando così le cose, al "buio".

Si aggiunge, *ad adiuvandum*, che già in sede di visita ispettiva, prima ancora dell'adozione di provvedimenti sanzionatori, è possibile che l'ispettore del lavoro, nel riscontrare i presupposti previsti (*id est*, l'utilizzo di manodopera in nero superiore al 20% rispetto a quella rinvenuta presente al momento dell'accesso), adotti il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale di cui all'art. 14 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, c.d. *Testo Unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, sicché escludere, in tale evenienza, l'accesso agli atti sino al momento delineato all'art. 23 della legge n. 689/1981 significherebbe non riconoscere alcuna forma di tutela in capo al datore di lavoro.

Ed ancora. Un accertamento può definirsi realmente completo – carattere imposto dai principi economicità, efficacia, ed efficienza, dell'attività amministrativa oltre che, ovviamente, dal principio costituzionale del buon andamento scolpito dell'art 97 Cost. - solo se alla decisione ci si è pervenuti dopo aver raccolto tutti gli elementi istruttori, tra i quali vi rientrano gli scritti difensivi.

Anche attraverso la diversa prospettiva (*rectius*, interesse) della p.a. si perviene, quindi, alla conclusione che il trasgressore deve essere posto in grado di controdedurre affinché l'attività procedimentale della p.a. non si qualifichi, in ragione della sua incompletezza, inutile dopo il vaglio giurisdizionale.

Piuttosto, si deve ragionare nel senso che le norme (*rectius*, gli istituti) di cui alla legge generale n. 241/1990 che non necessitano di essere estese analogicamente sono solo quelle che trovano, nell'ambito della regolamentazione prevista dalla legge n. 689/1981, una disciplina effettivamente compiuta alla luce dei parametri previsti dalla Carta Costituzionale, tra i quali *in primis* il principio del giusto procedimento.

Tant'è che non a torto si sostiene, ad esempio, che non possa procedersi alla estensione della disciplina partecipativa prevista, nell'ambito del procedimento amministrativo, in punto di comunicazione di avvio del procedimento dall'art. 7,

stante il corrispettivo istituto della notifica del verbale di constatazione/contestazione disciplinato nell'ambito della legge n. 689/1981³⁹⁰.

Alla stessa stregua - come si sta cercando di dimostrare - non può, invece, concludersi con riferimento al diritto di accesso.

In sostanza occorre verificare di volta in volta se le singole garanzie partecipative dettate dalla legge n. 689/1981 siano compiute (a maggior ragione, ovviamente, ove tale disciplina sia stata del tutto pretermessa come nel caso dell'accesso) perchè solo in tal caso può dirsi che quel singolo istituto sia davvero speciale.

Le argomentazioni esposte - che si basano, in fondo, sulla necessità, da un lato, di rendere effettiva la tutela garantita dall'art. 24 della Carta Costituzionale, dall'altro, di dare concretezza al principio costituzionale del giusto procedimento e di democraticità dell'ordinamento statale - impongono, quindi, di riconoscere in capo al datore di lavoro, destinatario di provvedimenti sanzionatori, il diritto di accedere agli atti ispettivi, ed in particolare alle dichiarazioni rese dai lavoratori agli organi di vigilanza, che assumono, in sede di accertamento degli illeciti, un valore probatorio se non esclusivo certamente preponderante.

Esigenza di tutela effettiva che in alcune circostanze ha addirittura portato, parte della giurisprudenza di primo grado, ad affermare, come si è visto, che anche la disposizione contenuta nell'art. 24, comma 1, lett. b) cit. nella parte in cui imporrebbe *«l'inaccessibilità agli atti in materia tributaria, va temporalmente limitata, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata della norma de qua, alla sola fase di pendenza del procedimento di accertamento tributario»*³⁹¹. Sicché anche nell'ambito di un sistema sicuramente speciale come quello tributario è necessario addivenire all'estensione degli istituti - nello specifico l'accesso agli atti - previsti dalla legge n. 241/1990.

³⁹⁰ Cfr. Cass., sez. lav., 5 marzo 2003, n. 3254 ove si legge che *«nelle fattispecie regolate dalla normativa di cui alla legge 24 novembre 1981 n. 689 in materia di irrogazione di sanzioni amministrative, non trovano applicazione le disposizioni sulla partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo (art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241), le quali configurano una normativa generale su cui prevale la legge speciale, in quanto idonea - mediante i meccanismi di informazione e di difesa previsti dagli art. 17 e 18 - ad assicurare garanzie di partecipazione non inferiori al "minimum" prescritto dall'anzidetta normativa generale»*.

³⁹¹ Cfr. Cons. St., sentenza 21 ottobre 2008, n. 5144; Cons. St., sentenza 13 gennaio 2010, n. 53.

Non è possibile dunque affermare la specialità del sistema sanzionatorio complessivamente inteso o, se si preferisce, della legge n. 689/1981, per opporsi a quelle istanze che tendono ad estendere analogicamente taluni degli istituti previsti dalla legge generale n. 241/1990.

E anche se sono certamente apprezzabili negli intenti le ragioni di fondo³⁹² - ossia che deve tenersi conto sia della riservatezza del privato che dell'esigenza "pubblicistica" di evitare che il timore di azioni discriminatorie e di indebite pressioni inducano il lavoratore a non compiere alcuna dichiarazione, con sacrificio dell'interesse pubblico all'acquisizione dei dati necessari per assicurare una contribuzione corrispondente a quella dovuta³⁹³ - l'analisi strettamente giuridica della questione impone di rilevare che tali esigenze non hanno, allo stato attuale, alcun espresso riconoscimento normativo, con la conseguenza che non risulta consentito esercitare, come è noto, il potere amministrativo - nel caso di specie, attraverso il diniego di accesso agli atti - per il perseguimento di interessi diversi da quelli previsti dalla legge, pena il vizio di eccesso di potere.

³⁹² Cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza 22 aprile 2008, n. 1842, secondo il quale «sembra appena il caso di sottolineare, al riguardo, la prevalenza dell'interesse pubblico all'acquisizione di ogni possibile informazione, a tutela della sicurezza e della regolarità dei rapporti di lavoro, rispetto al diritto di difesa delle società o imprese sottoposte ad ispezione: il primo, infatti, non potrebbe non essere compromesso dalla comprensibile reticenza di lavoratori, cui non si accordasse la tutela di cui si discute, mentre il secondo risulta comunque garantito dall'obbligo di motivazione per eventuali contestazioni e dalla documentazione che ogni datore di lavoro è tenuto a possedere»; TAR Lazio, Roma, sentenza 1 febbraio 2008, n. 900.

³⁹³ A tal riguardo, occorre tener presente che in capo ai lavoratori interrogati è riconosciuta la facoltà di non rispondere alle domande poste dall'organo di vigilanza diversamente, invece, dall'obbligo di fornire le generalità, espressamente sanzionato dall'art. 651 c.p.

CAPITOLO III

La diversa valenza del fattore “tempo” nel procedimento amministrativo e nell’iter di irrogazione delle sanzioni amministrative

I) Breve analisi comparativa delle scansioni temporali rispettivamente previste nelle leggi nn. 241/1990 e 689/1981.

La differente marcatura ideologica che sottende il procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/1990 – ispirato, come più volte ripetuto, dalla logica della massima partecipazione collaborativa - rispetto a quella che orienta il procedimento sanzionatorio di cui alla legge n. 689/1981 - influenzato, di contro, dalla più pregnante dialettica del contraddittorio – importa, inevitabilmente, evidenti ripercussioni anche sotto il profilo della dissimile valenza del fattore “tempo” .

Paradossalmente, infatti, mentre nell’ambito dell’*agere* amministrativo generale di cui alla legge n. 241/1990 vige, almeno a livello normativo, il principio della certezza e soprattutto della celerità dei tempi di esercizio dei poteri pubblici³⁹⁴,

³⁹⁴ Sul termine di conclusione del procedimento amministrativo sono già stati segnalati in dottrina i contributi di: AA.VV, *Principio di legalità ed amministrazione di risultato* (a cura di) IMMORBIDINO-POLICE, Torino, 2004; BENEDETTI, *L’attuazione della L. 241/90 in materia di termini del procedimento*, in *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall’entrata in vigore* (a cura di) ARENA-MARZUOLI-ROZO ACUNA, Napoli, 2001, 31 ss.; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; CALVIERI, *Commento all’art. 29 Codice dell’azione amministrativa e delle responsabilità* (a cura di) BARTOLINI-FANTINI-FERRARI, Roma, 2010, 757 e ss.; CIMINI, *Semplificazione amministrativa e termine procedimentale*, in *NG REG*, 1997, 143; CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n.80*, in *DA*, 2006, 99; CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; FIGORILLI, FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento*, in *UA*, 2009, 216 e ss; FIGORILLI, GIUSTI, *Commento all’art. 2*, in *La Pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n.241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005* (a cura di) PAOLANTONIO, POLICE, ZITO, Torino, 2005, 127; FIGORILLI, RENNA, *Commento all’art.2*, in *Codice dell’azione amministrativa e delle responsabilità* (a cura di) BARTOLINI, FANTINI, FERRARI, Roma, 2010, 105; GOGGIAMANI, *La doverosità amministrativa*, Torino, 2005; GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall’art. 2 l.n. 241 del 1990: conseguenza sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar*, in *DP AMM*, 2004, 571; G.GRECO, *L’articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *DP AMM*, 2002, 1 ss; LIGNANI, *Silenzio (diritto amministrativo)*, in *EdD-Agg.*, III, Milano, 1999, 978 ss; M.LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *DA*, 2003, 291 ss; MERUSI, *La certezza dell’azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *DA*, 2002, 527; G. MORBIBELLI, *Il tempo del procedimento, in la disciplina generale dell’azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema* (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 251; POLICE, *Doverosità*

altrettanto non può dirsi con riguardo all'*iter* che porta dall'accertamento dell'illecito amministrativo alla irrogazione della sanzione.

Prendendo inizio dall'analisi della disciplina dettata dalla legge n. 241/1990, l'art. 2 espressamente stabilisce che il procedimento amministrativo - sia che esso origini su impulso di parte che d'ufficio - deve necessariamente concludersi con l'adozione di un provvedimento espresso entro il termine di trenta giorni dal suo inizio, salvo che un diverso termine sia stato preventivamente stabilito, ai sensi dei commi terzo e quarto dell'art. 2, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Le modifiche introdotte dalla legge n. 69 del 2009 hanno, infatti, invertito il criterio di determinazione del termine di conclusione del procedimento amministrativo. Diversamente che in passato³⁹⁵, oggi viene *ex lege* sancita l'applicazione in prima battuta del termine breve di trenta giorni a tutti i procedimenti amministrativi, la cui durata eventualmente maggiore può essere stabilita "in deroga" solo con D.P.C.M.

Inoltre, la possibilità di introdurre un diverso regime temporale si articola in modo differente a seconda che il maggior termine di conclusione sia contenuto entro i novanta giorni (essendo sufficiente in questo caso la proposta del Ministro competente in concerto con i Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa) o sia ad esso superiore (nel qual caso è altresì richiesto, da un lato, che la proposta provenga, oltre che dai Ministri

dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali. Il procedimento amministrativo (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 2007, 135; A. M. SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione*, in *RD PROC*, 1977, 169; SATTA, *Impugnativa del silenzio e motivi di merito*, in *FA-CdS*, 2002, 46; F.G. COCA, *Il silenzio della Pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *DP AMM*, 2002, 239; F.G. COCA, *Rilievi critici sul trattamento processuale del silenzio*, in *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela* (a cura di) ASTONE, FALZEA, MORELLI, SAITTA, VENTURA, Soveria Mannelli, 2009, 249; S.S. COCA, *Il ritardo nell'adozione del provvedimento e il danno conseguente*, in *www.giustamm.it*, 2005; S.S. COCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2005; SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *D. PUB.*, XIV, Torino, 1999, 156; TONOLETTI, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla legge 21 luglio 2000, n. 205, Le nuove leggi civili commentate* (a cura di) TRAVI, Padova, 2001, 574; TRAVI, *Commento all'art. 2*, in *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241, Le nuove leggi civili commentate* (a cura di) TRAVI, Padova, 1995, 8 ss.

³⁹⁵ Prima delle modifiche introdotte nel 2009 dalla legge n. 69, l'art. 2 prevedeva che i termini massimi per la conclusione dei procedimenti amministrativi fossero stabiliti in prima battuta dalle varie leggi speciali o attraverso regolamenti amministrativi e che, solo in mancanza di questi, si applicasse il termine generale di 90 giorni.

competenti, anche dai Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa, dall'altro, la previa deliberazione del Consiglio dei ministri, nella cui sede si terrà conto *«della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento»*).

In ogni caso, infine, la celerità dell'azione viene comunque riaffermata dalla legge a mezzo del comma quarto dell'art. 2, ove si dispone che *«i termini non possono comunque superare i centottanta giorni, con la sola esclusione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione»*.

Alla rigida scansione dei tempi sin qui osservata, si aggiunge, infine, la certezza normativa degli stessi. L'art. 2, comma 6, cit. non si esime dallo stabilire, infatti, che *«i termini per la conclusione del procedimento decorrono dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte»*.

Il legislatore della legge n. 241 - a differenza, come si vedrà, di quello della legge n. 689 - si è espressamente posto il problema dell'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di conclusione del procedimento e quello della sua conoscibilità all'esterno (dato quest'ultimo rilevante ai fini della proposizione del ricorso contro il silenzio c.d. inadempimento da parte dell'interessato).

Come si è visto, l'art. 8, comma 8, lettera c *bis*) e *ter*) specificamente dispone al riguardo che tra i contenuti della comunicazione di avvio del procedimento vi rientra *«la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'articolo 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione»*, e *«nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza»*.

La citata norma è di fondamentale importanza se si tiene conto dei rimedi previsti dalla legge nel caso di infruttuosa scadenza del termine massimo di conclusione del procedimento amministrativo. Il comma ottavo dell'art. 2 cit. prevede a tal proposito che solo una volta che siano *«decorsi i termini per la conclusione del procedimento, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto*

anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai commi 2 o 3 del presente articolo».

La visione organica e completa dimostrata dal legislatore della legge n. 241/1990 sui tempi dell'azione amministrativa si apprezza, oltre che sul piano dei rimedi giurisdizionali, anche su quello dei riflessi che, internamente all'amministrazione, il ritardo o l'inerzia determina sul piano della responsabilità disciplinare e civile.

Infatti, le recenti modifiche introdotte con legge n. 69 del 2009 hanno per la prima volta espressamente stabilito sul punto che: *«la mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale»*³⁹⁶; che *“le pubbliche amministrazioni sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento»*; e che, infine, *«il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni»*³⁹⁷.

³⁹⁶ Cfr. Art. 2, comma 9, legge n. 241 del 1990 come novellata dalla legge n. 69 del 2009.

³⁹⁷ Cfr. Art. 2 bis legge n. 241 del 1990 come novellata dalla legge n. 69 del 2009. Sulla responsabilità della pubblica amministrazione per danno da ritardo si segnalano in dottrina: CARANTA, VECCI, *Inerzia, silenzio, ritardo: quale responsabilità per la pubblica amministrazione*, in *RCP*, 2006, 1397; CARINGELLA, *Ancora una riforma del procedimento amministrativo*, in *Il nuovo procedimento amministrativo. Commento organico alla legge 18 giugno 2009, n. 69, di modifica della legge n. 241/1990* (a cura di) CARINGELLA, PROTTO M., 2009, 19; CAVALLARO, *Brevi considerazioni sul danno da ritardo della pubblica amministrazione*, in *FA-TAR*, 2005, 489; CHIEPPA RO., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *DP AMM*, 2003, 683; CHIEPPA RO., LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 624; CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; CLARICH, FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *UA*, 2006, 62; D'ANCONA S., *Il termine di conclusione del procedimento amministrativo nell'ordinamento italiano. Riflessioni alla luce delle novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009 n. 69.*, in *www.giustamm.it*, 2009; DI NITTO, *La tutela del tempo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, in *GDA*, 2009, 1151; D'ORO, *Il danno da ritardo alla luce delle nuove tendenze legislative e giurisprudenziali*, in *R. AMM*, 2009, 335; FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *DP AMM*, 2009, 241; FIGORILLI, FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo*, in *UA*, 2009, 916; GAROFOLI, RACCA, DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 171; M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *D AMM*, 2003, 350; MADDALENA, *Il danno da ritardo tra bene della vita finale e mero interesse al rispetto dei tempi del procedimento*, in *www.federalismo.it*, 2008, 15; MICARI, *Provvedimento amministrativo negativo tardivo: l'adunanza plenaria sul danno da ritardo «mero» infittisce la “rete di contenimento»*, in *GC*, 2006, 1329; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa* (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 251; PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in *www.federalismi.it*, 2009, 2; QUINTO, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*, in *www.giustamm.it*, 2009; ROMANO TASSONE, *La responsabilità della*

Senza tacere, inoltre, la novità introdotta dal D.lgs. n. 198 del 2009 in tema di c.d. *class action*, ove è previsto, da un lato, che in caso di violazione - tra l'altro - dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio al fine di ottenere una pronuncia che ordini alla pubblica amministrazione di porvi rimedio entro un congruo termine; dall'altro, che la sentenza di accoglimento della domanda nei confronti di una pubblica amministrazione «è comunicata, dopo il passaggio in giudicato, agli organismi con funzione di regolazione e di controllo preposti al settore interessato, alla Commissione e all'Organismo di cui agli articoli 13 e 14 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, alla procura regionale della Corte dei conti per i casi in cui emergono profili di responsabilità erariale, nonché agli organi preposti all'avvio del giudizio disciplinare e a quelli deputati alla valutazione dei dirigenti coinvolti, per l'eventuale adozione dei provvedimenti di rispettiva competenza».

Come già anticipato, al sistema assolutamente organico e completo previsto dalla legge n. 241/1990 si contrappongono, di contro, le scadenze temporali fissate dalla legge n. 689/1981 con riferimento al procedimento sanzionatorio, le quali, già sul piano normativo, non possono dirsi altrettanto esaustive in punto di certezza e celerità dell'azione.

Si è visto, infatti, che in caso di constatazione di un illecito amministrativo, il personale ispettivo provvede alla contestazione/notificazione del processo verbale nel quale sono evidenziate le violazioni riscontrate e vengono quantificate le relative

p.a. tra provvedimento e comportamento, in *D. AMM*, 2004, 209; RUSSO, *La nuova disciplina dei termini e della responsabilità per danno da ritardo*, in *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo* (a cura di) GAROFOLI, Roma, 2009, 9; M.A. SANDULLI, *Fonti e principi della giustizia amministrativa, Relazione al Convegno su La Codificazione del processo amministrativo nel terzo millennio*, Roma, 20 maggio 2008, Palazzo Spada; SCOCA F.G., *Attività amministrativa*, in *EdG-Agg*, VI, Milano, 2002 75; S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2005 ; S.S. SCOCA, *I difficili rapporti tra l'art. 2-bis legge 241/90 e l'art. 21-bis legge TAR.*, in *www.giustamm.it*, 2009 ; S.S. SCOCA, *Il ritardo nell'adozione del provvedimento e il danno conseguente*, in *www.giustamm.it*, 2005 ; G.SORICELLI, *La codificazione della disciplina speciale della responsabilità della P.A. per danno da ritardo?*, in *www.giustamm.it*, 2009; TOSCHEI, *Obiettivo tempestività e certezza dell'azione*, in *GD*, 2009, 27, 49; TOSCHEI, *Ristoro per danno da ritardo se l'attività è «vincolata»*, in *GD*, 2009, 27, 43; TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009, 47 ss.; VACCA A., *Ontologia della situazione giuridica soggettiva sottesa all'azione di risarcimento del danno conseguente all'inadempimento da parte della Pubblica Amministrazione dell'obbligo di esercitare il potere amministrativo (alla luce della legge 18 giugno 2009 n. 69)*, in *www.lexitalia.it*, 2009; ZERMAN P.M., *Il risarcimento del danno da ritardo: l'art. 2 bis della legge 241/1990 introdotto dalla legge 69/2009*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2009.

sanzioni. Tale contestazione/notificazione non avviene però necessariamente alla conclusione degli accertamenti, in quanto la legge stabilisce che solo «quando è possibile» «la violazione [...]deve essere contestata immediatamente [...] al trasgressore» (art. 14, comma 1, l. n. 689/1981). Diversamente, infatti, ove non sia stato possibile procedere alla contestazione immediata per tutti od alcuni dei trasgressori «gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento»(art. 14, comma 2, l. n. 689/1981).

Già dalla mera lettura del dettato normativo dell'art. 14 è possibile rilevare gli aspetti di laconicità e di criticità cui si accennava, tra i quali, *in primis*, la questione dei rapporti tra contestazione immediata e notificazione.

In precedenza³⁹⁸ si è detto che la clausola di “impossibilità” della contestazione immediata, che legittima l'organo accertatore a contestare successivamente la violazione, è costantemente interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in modo elastico, non dovendosi riconoscere alla stessa il valore di condizione di legittimità della contestazione³⁹⁹ ma rimettendo al libero apprezzamento dell'organo accertatore la valutazione, anche sotto il profilo di opportunità⁴⁰⁰, circa l'immediatezza o meno della contestazione, purché ovviamente nei termini previsti⁴⁰¹.

Di contrario avviso è però il Ministero del Lavoro che attraverso la circolare n. 146/1992 ha evidenziato (*rectius*, imposto per problemi di spesa) agli ispettori del lavoro la priorità della contestazione immediata. Nel constatare e contrastare un eccessivo ricorso alla notificazione in luogo della contestazione immediata, ha

³⁹⁸ Il rinvio è al par. III, del cap. I della sez. I.

³⁹⁹ PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., 245; COLLA, MANZO, *op. cit.*, 407.

⁴⁰⁰ Si è anche visto che le ragioni di opportunità possono individuarsi, ad esempio, nella circostanza che a seguito di un unico accertamento (ad esempio, accesso ispettivo in materia di lavoro) molteplici possono essere le condotte astrattamente qualificabili come illecite da sanzionare, alcune soltanto delle quali di facile e pronta valutazione, sicché per evitare il susseguirsi potenzialmente illimitato, seppur nel rispetto dei termini perentori previsti, di più verbali di contestazione, l'organo accertatore può legittimamente ritenere più conveniente attendere e notificare un unico atto conclusivo. Nella direzione testé prospettata si dirige, d'altronde, la recente legge 4 novembre 2010 n. 183 che, con riguardo esclusivo alle ispezioni in materia di lavoro, impone, al fine di semplificare le procedure accertative, dispone la notificazione di un unico verbale conclusivo di contestazione per ciascun procedimento ispettivo globalmente inteso.

⁴⁰¹ *Cfr.* Cass. sez. II, 10 ottobre 2005, n. 19664; Cass. sez. I 27 aprile 2001, n. 6097.

sottolineato che *«l'enunciazione del disposto dell'art. 14 della legge non dà luogo a dubbi interpretativi circa la priorità della contestazione immediata rispetto alla notificazione; il ricorso a quest'ultimo atto deve pertanto ritenersi legittimato soltanto dalla motivata impossibilità di adottare la contestazione immediata e ciò deve emergere dal contesto del processo verbale»*; disponendo inoltre che *«ove la contestazione immediata non sia resa possibile nei confronti di tutte le persone coinvolte (corresponsabili o obbligati in solido), essa debba essere eseguita nei confronti di coloro per i quali tale impossibilità non si sia realizzata»*.

Che il dato letterale della disposizione deponga nel senso della priorità della contestazione immediata non vi sono dubbi. Quel che, tuttavia, lascia perplessi - e che fa piuttosto propendere per la tesi sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza richiamata - è la circostanza che non è espressamente sancita la decadenza (*rectius*, l'estinzione) delle violazioni riscontrate nel caso di mancata contestazione immediata, ove possibile, delle stesse.

Infatti, solo per l'ipotesi di impossibilità ad effettuare la contestazione immediata delle violazioni accertate è previsto che le stesse debbano essere notificate, a pena di decadenza⁴⁰², entro il termine di novanta giorni (o trecentosessanta se il destinatario è residente all'estero) dall'accertamento in quanto *«l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue per la persona nei cui confronti è stata omessa la notificazione nel termine prescritto»*(art. 14, comma 6, l. n. 689/1981).

Ma l'incertezza è ancora maggiore, inoltre, con riguardo all'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine (di novanta giorni) per la notificazione del verbale di contestazione.

E' proprio su questo profilo che la legge si rivela, come detto, assolutamente lacunosa.

L'unica indicazione utile al riguardo è quella contenuta nel comma 2 dell'art. 14 cit. ove è stabilito che *«quando gli atti relativi alla violazione sono trasmessi*

⁴⁰² Sulla natura decadenziale del termine perentorio previsto dall'art. 14, comma secondo, della legge n. 689/1981, COLLA, MANZO, *Le sanzioni amministrative, cit.*, 230, secondo i quali tale natura si evince dal fatto che *«ha la finalità di imporre all'amministrazione un limitato spazio temporale per l'irrogazione della sanzione»* (*rectius*, contestazione della violazione) *«allo scopo di consentire una più tempestiva e facile difesa dell'autore della violazione»*.

all'autorità competente con provvedimento dell'autorità giudiziaria, i termini di cui al comma precedente decorrono dalla data della ricezione».

La legge quindi nulla dice in ordine al momento dal quale cominciano a decorrere i termini per la notificazione delle violazioni né tantomeno si interessa del problema della individuazione del *dies a quo* nel caso in cui gli atti relativi alla violazione siano trasmessi all'autorità competente all'irrogazione della sanzione non dall' «*autorità giudiziaria*» ma da altra amministrazione.

Quest'ultima ipotesi non è meramente scolastica perché, ad esempio, l'art. 3, commi 3, 4 e 5, della L 23 aprile 2002, n. 73 - nel testo anteriore alle recenti modifiche apportate dalla legge 4 novembre 2010 n. 183- espressamente prevedeva, in materia di c.d. “maxisanzione per lavoro nero”, una diversificazione tra organi competenti all'accertamento/constatazione del lavoro irregolare ed Ufficio che disponeva l'irrogazione della relativa sanzione.

Al fine di combattere il fenomeno diffuso del lavoro “nero” era ivi infatti stabilito che *“ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore, l'impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria è altresì punito con la sanzione amministrativa da € 1.500 a € 12.000 per ciascun lavoratore, maggiorata di € 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo. Alla constatazione della violazione procedono gli organi preposti ai controlli in materia fiscale, contributiva e del lavoro. Alla irrogazione della sanzione amministrativa di cui al comma 3 provvede la Direzione provinciale del lavoro territorialmente competente».* Entrambe le questioni saranno oggetto di approfondimento nei paragrafi successivi ai quali si rinvia⁴⁰³.

Procedendo, invece, nell'analisi sommaria delle scadenze temporali previste dalla legge n. 689/1981, si è altresì visto, seguendo l'ordine del dettato normativo, che qualora vengano contestate violazioni amministrative il personale ispettivo ammette il trasgressore (e l'obbligato in solido) al *«pagamento di una somma in misura ridotta pari alla terza parte del massimo della sanzione prevista per la violazione commessa, o, se più favorevole e qualora sia stabilito il minimo della sanzione edittale, pari al doppio del relativo importo, oltre alle spese del*

⁴⁰³ Il rinvio è al par. III, cap I, sez. I.

procedimento, entro il termine di sessanta giorni dalla contestazione immediata o, se questa non vi è stata, dalla notificazione degli estremi della violazione».

In sostanza il trasgressore (e l'obbligato in solido) possono estinguere il procedimento sanzionatorio amministrativo attraverso il pagamento di una somma - inferiore rispetto a quella che verrebbe successivamente ad essere oggetto di ordinanza-ingiunzione - da versare entro il termine di sessanta giorni dalla contestazione immediata o, se questa non vi è stata, dalla notificazione degli estremi della violazione.

Mentre per quanto concerne l'incongruenza della previsione del termine di 60 giorni per il pagamento in misura ridotta rispetto a quello più breve di 30 giorni per il deposito di scritti difensivi e documenti e per la richiesta di audizione si rinvia a quanto già detto in precedenza⁴⁰⁴, in questa sede preme sottolineare che il termine concesso al trasgressore per avvalersi del meccanismo conciliativo decorre diversamente a seconda che la violazione sia stata contestata immediatamente o mezzo notificazione.

Si è anche visto, inoltre, che al trasgressore, cui sia stata contestata immediatamente o notificata la violazione, è riconosciuta la possibilità - alternativamente alla estinzione immediata del procedimento ispettivo tramite il pagamento in misura ridotta - di rappresentare eventuali argomentazioni a propria difesa attraverso gli scritti difensivi, i documenti e l'audizione.

E' infatti previsto⁴⁰⁵ che *«entro il termine di trenta giorni dalla data della contestazione o notificazione della violazione, gli interessati possono far pervenire all'autorità competente a ricevere il rapporto a norma dell'art. 17 scritti difensivi e documenti e possono chiedere di essere sentiti dalla medesima autorità».*

Gli scritti difensivi devono essere presentati in carta libera all'Ufficio Affari legali e contenzioso della Direzione provinciale del lavoro. Alla stessa stregua, se richiesta, l'audizione, la quale costituisce un vero e proprio obbligo da parte dell'Amministrazione il cui mancato rispetto può essere fatto valere in sede giudiziaria. L'audizione, nello specifico, si svolge innanzi ad un funzionario dell'amministrazione che deve redigere apposito verbale.

⁴⁰⁴ Il rinvio è al par. III, cap I, sez. I.

⁴⁰⁵ Cfr. Art 18 della legge n. 689/1981.

Successivamente alla presentazione degli scritti difensivi e/o all'audizione, il comma secondo dell'art. 18 cit. dispone che «*l'autorità competente [...] se ritiene fondato l'accertamento, determina, con ordinanza motivata, la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento, insieme con le spese, all'autore della violazione ed alle persone che vi sono obbligate solidalmente, altrimenti emette ordinanza motivata di archiviazione degli atti comunicandola integralmente all'organo che ha redatto il rapporto*».

E' proprio con riferimento a quest'ultime eventualità procedurali che il dettato normativo si mostra, ancora una volta, manchevole.

Infatti, mentre nell'ipotesi già esaminata del termine di novanta giorni per la notificazione del verbale di contestazione il legislatore omette di individuare il *dies a quo*, con riferimento all'ordinanza-ingiunzione la normativa *de quo* si supera, non prescrivendo neanche un termine decadenziale per l'adozione del provvedimento.

Sul punto, vivace è il dibattito dottrinario e giurisprudenziale in ordine alla possibilità di applicare alla fase di adozione dell'ordinanza-ingiunzione il termine previsto dall'art. 2 della legge n. 241/1990.

La questione sarà affrontata approfonditamente nei paragrafi successivi avendo rilevanza, per il momento, solo evidenziare il *vulnus* legislativo.

In dottrina⁴⁰⁶ viene segnalato sul punto che in passato alcune amministrazioni pubbliche scelsero di individuare, in via precauzionale, specifici termini per la conclusione del procedimento sanzionatorio amministrativo, e ciò in applicazione, evidentemente, di quanto previsto dal testo previgente dell'art. 2, comma secondo, della legge n. 241/1990.

In particolare il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con D.M. 18 aprile 2003, n. 124, stabilì che la fase relativa alla valutazione degli scritti difensivi ed alla conseguente adozione del provvedimento conclusivo di cui all'art. 18, comma secondo, della legge n. 689/1981 (*id est*, l'ordinanza-ingiunzione) da parte degli Uffici marittimi competenti doveva concludersi nel termine di novanta giorni.

Anche la provincia Autonoma di Trento, con la delibera n. 1425 del 20 giugno 2003, individuò in quattro anni il termine finale per la conclusione della fase procedimentale finalizzata all'adozione dell'ordinanza-ingiunzione o dell'ordinanza

⁴⁰⁶ PAPA, *L'ispezione del lavoro in azienda*, Milano, 2006

di archiviazione, fissando quale decorrenza del termine il giorno successivo al ricevimento del rapporto di cui all'art. 18 della legge n. 689/1981 o, qualora non fosse previsto l'inoltro del rapporto, il giorno successivo all'accertamento del mancato pagamento della sanzione in misura ridotta o, laddove non fosse prevista tale modalità di pagamento, il giorno successivo alla contestazione della violazione.

In questo quadro di incertezza normativa quel che invece rimane fermo è che all'omessa previsione del *dies a quo* di decorrenza del termine per la notificazione del verbale di contestazione dell'illecito amministrativo, ed all'assenza di un termine decadenziale per l'adozione dell'ordinanza ingiunzione, si contrappone la previsione di un termine prescrizione generale decorrente dal giorno della commissione della violazione.

L'art. 28 della legge n. 689/1981 prevede infatti che «*il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione*»⁴⁰⁷.

Analogamente a quanto avviene per i reati, dunque, il trascorrere del tempo determina una rinuncia dello Stato a perseguire le violazioni punite con sanzione amministrativa.

Alla citata previsione occorre prestare particolare attenzione perchè la stessa importa notevoli ripercussioni.

Nello specifico, in primo luogo la circostanza che il personale di vigilanza non può provvedere a sanzionare eventuali violazioni che siano state commesse più di cinque anni prima dell'accertamento (*recitus*, dell'accesso ispettivo).

In secondo luogo, il dato che l'emanazione dell'ordinanza-ingiunzione deve avvenire - qualora non si ritenga applicabile il termine previsto dall'art. 2 della legge n. 241/1990 - nel termine quinquennale di cui all'art. 28 della legge n. 689/1981, ancorché detta norma faccia letteralmente riferimento «*al diritto a riscuotere*» le somme dovute per le violazioni⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ In materia di prescrizione dell'illecito amministrativo, CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 58.

⁴⁰⁸ *Ex multis*, Cass., sez. II, n. 4594/2000; Cass., sez. un., 27 aprile 2006, n. 9591. Per un'indicazione completa delle molteplici pronunce giurisprudenziali sul punto si rinvia a COLLA, MANZO, *op. cit.*, 447.

Quest'ultima affermazione – avallata, come si vedrà, anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione – comporta inevitabilmente che i tempi per l'accertamento delle violazioni possono nel concreto allungarsi a dismisura.

Devono tenersi presenti, infatti, due elementi.

Da un lato, l'elemento che il termine quinquennale di prescrizione decorre dalla data di commissione della violazione sicché, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁴⁰⁹, «*nel silenzio della legge per commissione della violazione si deve intendere il suo esaurimento, utilizzando il cosiddetto criterio dell'evento invece di quello della condotta, con la conseguenza che in caso di violazione con carattere permanente il dies a quo coincide con quello della cessazione della permanenza*».

Dall'altro - e soprattutto - la natura appunto prescrizionale del termine quinquennale, tant'è che il comma secondo dell'art. 28 cit. dispone espressamente che «*l'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del Codice Civile*»⁴¹⁰.

E' noto, infatti, che all'interruzione della prescrizione consegue la decorrenza *ex novo* del termine, sicché anche il tempo per addivenire alla conclusione del procedimento ed all'adozione dell'ordinanza-ingiunzione può allungarsi se interviene un atto interruttivo.

Se, infatti, ai sensi dell'art. 2943, comma quarto, del codice civile «*la prescrizione è [...] interrotta da ogni [...] atto che valga a costituire in mora il debitore*», ne deriva - come si vedrà oltre *funditus* – che tra gli atti idonei ad interrompere il termine prescrizionale quinquennale deve essere ricompresa anche la contestazione/notificazione della violazione amministrativa.

⁴⁰⁹ *Ex multis*, Cass., sez. III, 4 aprile 2000, n. 4094. In dottrina, LEACI, *La prescrizione dell'illecito amministrativo*, in *Massimario Giurisprudenza Lavoro* n° 3/94; COLLA, MANZO, *op. cit.*, 234. Sull'ipotesi di decorrenza del termine nel caso di illecito depenalizzato COLLA, MANZO, *op. cit.*, 233.

⁴¹⁰ La previsione che l'interruzione del termine prescrizionale stabilito al primo comma è regolata dalle norme del codice civile costituisce una delle più vistose deroghe al modello penalistico che, come si è detto, il legislatore ha tenuto presente nel dettare la disciplina sostanziale dell'illecito amministrativo. In tal senso COLLA, MANZO, *Le sanzioni amministrative, cit.*, 229, il quale sottolinea «*l'eccezionalità del fenomeno conseguito all'innesto di una norma civilistica in un quadro di riferimento di tipo penalistico: il che, per un verso, ha portato ad affermare che nell'attività ermeneutica il richiamo alla disciplina civilistica deve essere restrittivamente operato, e, per altro verso, a ritenere che, nei casi dubbi, i punti di riferimento non possano che trovarsi nel sistema penale*». La spiegazione del perché nell'ambito di un sistema improntato prevalentemente ai principi penalistici si sia innestato un istituto di chiara derivazione civilistica sarà chiaro nel prosieguo allorquando si analizzerà l'oggetto del predetto termine prescrizionale, ossia, anticipando il punto, la natura dell'obbligazione creditoria sorta a seguito della commissione dell'illecito amministrativo.

In conclusione, la mancata previsione nella legge n. 689/1981 di un termine breve di decadenza per l'adozione dell'ordinanza-ingiunzione, unitamente alla previsione espressa di un termine lungo di prescrizione dell'illecito - che si interrompe, ricominciando a decorre *ex novo*, in seguito alla contestazione/notificazione della violazione - determina una lesione al diritto a che gli accertamenti ispettivi si svolgano entro ragionevole arco temporale.

Tenuto conto, infatti, dell'effetto interruttivo prodotto dalla contestazione/notificazione dell'illecito, un accertamento ispettivo può durare, nell'ipotesi estrema, anche dieci anni (si pensi al caso di violazioni di natura permanente di difficile accertamento).

A riscontro si tenga presente che finanche le indagini penali condotte dall'autorità giurisdizionale per l'accertamento dei reati non puniti con l'ergastolo sono soggette a termini stringenti, prorogabili con provvedimento espresso solo se ciò risulti assolutamente necessario.

Alla certezza dei tempi normativi, e soprattutto alla celerità degli stessi, prevista dalla legge n. 241/1990 si contrappone, dunque, il regime ermetico e carente previsto dalla legge n. 689/1981.

Nelle pagine seguenti si cercherà di verificare se a tale lacuna sia possibile porre rimedio attraverso l'applicazione della disciplina prevista in generale per i procedimenti amministrativi dalla legge n. 241/1990.

Un'ultimissima annotazione è doveroso svolgere con riferimento ai termini per l'opposizione all'ordinanza-ingiunzione.

L'art. 22 della legge n. 689/1981 stabilisce che *«contro l'ordinanza-ingiunzione di pagamento [...] gli interessati possono proporre opposizione davanti al giudice del luogo in cui è stata commessa la violazione individuato a norma dell'articolo 22-bis, entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del provvedimento. Il termine è di sessanta giorni se l'interessato risiede all'estero»*.

Il problema che si pone con riferimento a tale ultimo aspetto è se l'indagine sulla tempestività, o meno, dell'opposizione alla sanzione da parte del trasgressore debba tener conto anche di quanto stabilito dall'art. 3, commi 1 e 4, della legge n. 241/1990, a norma dei quali è rispettivamente previsto che *«ogni atto amministrativo*

deve essere motivato» e che «in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere».

In altri termini si tratta di verificare il ruolo svolto dalla motivazione e dagli elementi da ultimo citati ai fini del decorso del termine per proporre opposizione.

In conclusione si evidenzia altresì, per completezza, che per quanto concerne, invece, lo statuto delle responsabilità a cui è assoggettato il personale di vigilanza per l'ipotesi in cui non faccia seguire l'adozione della sanzione all'accertamento dell'illecito amministrativo - perché, ad esempio, non è stato rispettato, per colpa grave, il termine di cui all'art. 14 cit. per la contestazione/notificazione della violazione o quello previsto in generale dall'art 28 cit. per l'emissione dell'ordinanza-ingiunzione – in tali circostanze ricorrono gli estremi della responsabilità sia disciplinare che erariale (quest'ultima innanzi alla Corte dei Conti per l'ammacco subito dalle casse dello Stato).

II) L'oggetto del termine quinquennale di prescrizione del "diritto a riscuotere" e gli effetti degli atti interruttivi. Spunti di diritto comunitario.

Prima di affrontare l'analisi dei profili di criticità sollevati nel paragrafo precedente e delle soluzioni prospettate al riguardo dalla dottrina e dalla giurisprudenza ⁴¹¹, è necessario approfondire la questione dell'individuazione dell'oggetto del termine quinquennale di prescrizione dell'illecito amministrativo stabilito all'art. 28 della legge n. 689/1981. Solo in tal modo, infatti, può aversi piena consapevolezza delle lacune precedentemente evidenziate.

Si è visto che l'art. 28 della legge n. 689/1981 espressamente stabilisce al primo comma che «*il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione*», ed al secondo comma che «*l'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del Codice Civile*».

I rapporti tra i due citati commi è stato oggetto in passato di un vivace dibattito, dapprima dottrinario ed in seguito giurisprudenziale.

Porre l'accento sul primo o sul secondo dettato normativo significa, infatti, individuare l'oggetto della prescrizione rispettivamente nella pretesa punitiva dello Stato (*id est*, l'illecito) o nell'obbligazione creditoria civile (*id est*, la sanzione pecuniaria) già sorta *ex lege* con la commissione della violazione.

Nella prima direzione si è posto il filone dottrinario e giurisprudenziale⁴¹² secondo il quale il termine di prescrizione, a differenza di quello perentorio di decadenza di novanta giorni per la contestazione dell'illecito, previsto dall'art. 14, secondo comma, cit. – il quale ha la finalità di imporre all'amministrazione un limitato spazio temporale per valutare e qualificare l'accertamento disposto e portarlo a conoscenza dell'interessato, sì da consentire una più tempestiva e facile difesa dell'autore della violazione –, attiene alla pretesa punitiva.

⁴¹¹ Questioni che possono schematicamente riassumersi nel seguente modo: 1) omessa individuazione del *dies a quo* del termine di novanta giorni per la contestazione dell'illecito; 2) omessa previsione di un termine decadenziale per l'adozione dell'ordinanza ingiunzione; 3) applicabilità dell'art. 3, commi 1 e 4, della legge n. 241/1990 ai fini della valutazione di tempestività o meno dell'opposizione all'ordinanza-ingiunzione eventualmente proposta.

⁴¹² COLLA, MANZO, *op. ult. cit.*, 230; PALIERO, TRAVI, voce *Sanzioni Amministrative*, in *Enc. Dir., cit.*, 393.

Secondo tale impostazione l'istituto disciplinato dalla norma in esame contempla, infatti, l'estinzione dell'illecito amministrativo alla stessa stregua di quanto avviene per gli illeciti penali, anche se l'infelice formulazione del primo comma dell'art. 28 – secondo il quale «*il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni [...] si prescrive [...]*» - può far sorgere il dubbio che il legislatore abbia voluto riferirsi all'estinzione della sanzione.

Secondo questo orientamento, l'estinzione riguarda, in sostanza, più propriamente l'illecito e non la sanzione perché tale effetto estintivo si verifica, proprio come nel sistema penale, esclusivamente in relazione alla perdita di interesse, da parte dello Stato, a perseguire l'illecito una volta che sia decorso il termine stabilito dalla norma.

L'inserimento dell'art. 28 cit., ed in particolare del secondo comma, in una normativa che, per quel che attiene ai principi generali sull'illecito, può certamente ed unanimemente definirsi di derivazione penalistica, ha portato a porre in evidenza come «*sia l'istituto della prescrizione, sia quello dell'interruzione, debbano necessariamente inquadrarsi in un contesto legislativo che regola il potere punitivo dello Stato, il quale, nella materia dell'illecito amministrativo, agisce iure imperii, con la conseguenza che nell'interpretazione della disposizione in argomento non si deve perdere di vista l'eccezionalità del fenomeno conseguito dall'innesto di una normativa civilistica in un quadro di riferimento di tipo penalistico*»⁴¹³.

In conclusione, stante la genesi penalistica dell'illecito amministrativo (si veda al riguardo il capo I della legge n. 689/1981 dedicato ai principi generali delle sanzioni amministrative), l'oggetto del termine di prescrizione non può essere altro che la pretesa punitiva dello Stato, cosicché il rinvio espresso del legislatore alla disciplina civilistica dell'interruzione di cui al comma secondo dell'art. 28 cit. si giustifica esclusivamente in ragione di ciò, posto che altrimenti opinando non sarebbe stato necessario⁴¹⁴.

Conseguentemente, se si accetta la conclusione secondo la quale l'oggetto del termine di prescrizione attiene all'esercizio della funzione sanzionatoria ne deriva,

⁴¹³ COLLA, MANZO, *op. ult. cit.*, 231.

⁴¹⁴ A quanti concordano con questo punto di arrivo può opporsi però, in senso critico, che non solo il comma secondo ma anche lo stesso comma primo – nella parte in cui espressamente parla di «*diritto a riscuotere*» - sembra ispirarsi piuttosto al modello civilistico di prescrizione.

che - vista l'assenza nel testo legislativo di un termine decadenziale *ad hoc* per l'adozione dell'ordinanza-ingiunzione - all'emanazione di quest'ultima «*si può procedere*», senza grandi difficoltà interpretative, «*nel termine quinquennale di cui all'art. 28*»⁴¹⁵.

Diversamente, invece, se si segue la contrapposta ricostruzione – di cui a breve – secondo la quale il termine di prescrizione avrebbe ad oggetto la mera pretesa creditoria di natura civile sorta *ex lege* dalla commissione dell'illecito, stante, in tal senso, sia il dato letterale del comma 1 («*diritto a riscuotere*»), sia il rinvio alla disciplina civilistica dell'interruzione della prescrizione.

In quest'ultimo contesto interpretativo, infatti, l'affermazione secondo la quale all'emanazione dell'ordinanza-ingiunzione «*si può procedere nel termine quinquennale di cui all'art. 28*» necessita di essere accompagnata dalla necessaria seguente asserzione - tuttavia priva di fondamento – «*ancorché detta norma faccia letteralmente riferimento al termine per riscuotere le somme dovute per le violazioni*»⁴¹⁶.

In tal senso si collocano, infatti, quanti⁴¹⁷ hanno ritenuto che, essendo in ultima analisi l'irrogazione della pena pecuniaria assoggettata (*ex art. 28, cit.*) ad una prescrizione quinquennale decorrente dal momento della commissione dell'illecito, non avrebbe senso in base ai principi civilistici una prescrizione che cominci a decorrere prima del sorgere dell'obbligazione sicché «*l'obbligazione di corrispondere la pena pecuniaria sorgerebbe già prima dell'applicazione della sanzione; sorgerebbe cioè al momento della violazione*».

In conclusione, secondo tale filone dottrinario, la norma prevede la prescrizione con riferimento alla sanzione (e non con riguardo all'illecito), decorrendo la stessa da un momento precedente all'emanazione del provvedimento solo perché il provvedimento sanzionatorio si limiterebbe ad accertare un obbligo

⁴¹⁵ PAPA, *Le ispezioni in azienda*, Milano, 2006, 193. In tal senso, in giurisprudenza, Cass., sez. III, 11 aprile 2000, n. 4594.

⁴¹⁶ Cfr. Cass., sez. III, 11 aprile 2000, n. 4594; Cass., 3 agosto 1995, n. 9211; Id., 12 novembre 1992, n. 12189; Id., 10 luglio 1995, n. 7331; Id., 9 marzo 1996, n. 1902; Id., 25 luglio 1997, n. 6967.

⁴¹⁷ PALIERO, TRAVI, *voce Sanzioni amministrative, cit.*, 394 ed ivi RASTELLO, *La prescrizione della pena pecuniaria per violazioni tributarie e valutarie*, in *I tributi degli affari*, 1965, n. 4 e 5; GIULIANI, *La prescrizione della pena pecuniaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1965, II, 82. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 13 settembre 1983, n. 5552, in *Giur. It.*, 1984, I, I, 2455; Cass., sez. un., 7 maggio 1985, n. 1878 in *Cons. St.*, 1985, II, 987.

creditorio già precedentemente in essere. In tale direzione deporrebbero, d'altronde, lo stesso testo normativo di cui ai commi 1 e 2 del citato art. 28.

Sul piano delle conseguenze, inoltre, l'essere l'ordinanza-ingiunzione strumento esclusivamente preordinato alla riscossione di un'obbligazione civile (la sanzione pecuniaria) già sorta *ex lege* con la commissione dell'illecito comporta - secondo l'assunto di una certa parte della giurisprudenza⁴¹⁸ - che alla stessa non può essere riconosciuta, in aggiunta, la natura di provvedimento amministrativo bensì di atto meramente dichiarativo di un credito pecuniario. Il che, in definitiva, comporta che in materia di sanzioni amministrative c.d. punitive devono essere ritenute direttamente applicabili solo le disposizioni di cui alla legge n. 689/1981 e non anche, in via analogica, quelle di cui alla legge n. 241/1990 «*non potendo l'ordinanza-ingiunzione essere ricompresa nella categoria dei provvedimenti amministrativi per mancanza del tratto essenziale della produzione di effetti innovativi rispetto alla situazione giuridica precedente*»⁴¹⁹.

L'impostazione civilistica non ha convinto però altra parte della dottrina⁴²⁰ a tenore della quale «*l'obbligazione di corrispondere la pena pecuniaria nasce per effetto del provvedimento sanzionatorio; il provvedimento sanzionatorio è un atto (a questi fini) infungibile, essenziale perché si possa avere l'obbligazione, anzi genetico dell'obbligazione (l'obbligazione nasce dal provvedimento, ed ha come titolo il provvedimento: tant'è vero che l'adempimento dell'obbligazione sanzionatoria non è possibile, se non è stato ancora emanato il provvedimento sanzionatorio)*»⁴²¹.

A seconda che la logica sottesa alla norma di cui al citato art. 28 abbia matrice penalistica o civilistica ne derivano⁴²² importanti ripercussioni sul piano del regime della rilevanza della prescrizione.

Mentre, infatti, una parte consistente della dottrina⁴²³, rifacendosi ai principi tipici del diritto penale, ha affermato l'obbligo dell'autorità procedente di rilevare la prescrizione d'ufficio, sicché l'autorità amministrativa o giudiziaria deve

⁴¹⁸ Cfr. Cass., sez. lav, 3 luglio 2009 n. 15696 con nota di C. SANTORO, *Sanzioni: gli scritti difensivi non vanno sempre considerati*, in *Guida al lavoro*, 35, 209, 22.

⁴¹⁹ Cfr. Cass., 13 luglio 2005, n.14771; Id., 5 novembre 2003, n. 16630.

⁴²⁰ PALIERO, TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, cit., 394.

⁴²¹ Cfr. nota precedente.

⁴²² Oltre alla questione, di cui al paragrafo successivo, concernente l'individuazione del termine finale per l'adozione dell'ordinanza-ingiunzione se di durata quinquennale o se più breve perché da *aliunde* esteso analogicamente *in parte qua*.

⁴²³ COLLA, MANZO, *op. cit.*, 232

interrompere in qualunque stadio la procedura di irrogazione della sanzione o della sua riscossione al compiersi del termine prescrizionale, la giurisprudenza di legittimità ha assunto nel tempo una posizione antitetica statuendo che la prescrizione di un credito civile può essere rilevata solo su eccezione di parte⁴²⁴.

Inoltre, sia che la prescrizione quinquennale abbia ad oggetto la pretesa punitiva dello Stato (l'illecito), sia che la stessa attenga piuttosto alla riscossione dell'obbligazione creditoria civile (la sanzione), il termine di cui all'art. 28, comma secondo, della legge n. 689/1981 è soggetto, per espresso rinvio, alla disciplina dell'interruzione di cui all'art. 2943, comma 4, del codice civile.

Expressis verbis, l'interruzione della prescrizione, da cui consegue la decorrenza *ex novo* del termine quinquennale, «è regolata» infatti «dalle norme del codice civile» ed in particolare dal principio per cui «la prescrizione è [...] interrotta da ogni [...] atto che valga a costituire in mora il debitore».

Naturalmente, se nessun dubbio è mai sorto sulla idoneità dell'ordinanza-ingiunzione a «costituire in mora il debitore», e quindi sulla capacità della stessa di interrompere il termine prescrizionale, altrettanto non può dirsi con riferimento all'atto di contestazione/notificazione della violazione amministrativa.

La giurisprudenza di legittimità⁴²⁵, invero, è stata sempre concorde nell'affermare l'operatività, come atti interruttivi della prescrizione, sia del processo verbale di contestazione - che consiste come visto in uno scritto formato dal funzionario ispettivo-accertatore nel quale si dà atto immediatamente che è stata rilevata l'infrazione del precetto - sia dell'atto di notificazione degli estremi (verbale di accertamento) della violazione, che deve essere effettuato nei casi in cui non sia

⁴²⁴ COLLA, MANZO, *op. cit.*, 232

⁴²⁵ In tal senso Cass. civ., sez. III, n. 4094/200 secondo la quale: «nel suo contenuto minimo l'atto di costituzione in mora consiste in un'intimazione o richiesta, non soggetta ad altra formalità che a scrittura, la quale in relazione alla natura recettizia deve, quanto meno, entrare nella sfera di conoscibilità del debitore. In questo quadro il problema dell'efficacia interruttiva degli atti preordinati all'applicazione della sanzione va risolto tenendo presente l'idoneità dei medesimi a costituire in mora il trasgressore; con specifico riferimento al verbale di accertamento viene in considerazione il contenuto nel senso che l'efficacia interruttiva si produce a condizione che il verbale esprima la volontà dell'amministrazione di esigere il pagamento della sanzione. La giurisprudenza di questa Corte ha ritenuto che il verbale di accertamento della violazione, ritualmente notificato, in quanto non persegue solo lo scopo di rendere il trasgressore edotto della violazione, ma anche quello di richiedergli il pagamento della sanzione, vale a costituirlo in mora, pur non possedendo le caratteristiche di contenuto e di forma richieste dall'art. 1219 c.c., ed è, pertanto, idoneo a norma dell'art. 2943 c.c. ad interrompere con effetto istantaneo (cfr. Cass. n. 7600/1993) la prescrizione del diritto alla riscossione delle somme dovute (cfr. Cass. n. 4201/1999; Cass. n. 7650/1996; Cass. n. 617/1998; Cass. n. 5230/1995; Cass. n. 4238/1994)».

stato possibile redigere l'atto di contestazione contestualmente alla constatazione dell'infrazione.

In senso ancor più generale, alcune pronunce della Suprema Corte di Cassazione⁴²⁶ hanno estensivamente affermato che qualsiasi atto del procedimento amministrativo previsto dalla legge per l'accertamento della violazione ha la funzione di far valere il diritto dell'amministrazione alla riscossione della pena pecuniaria, e, quindi, costituisce esercizio della pretesa sanzionatoria, con la conseguente efficacia interruttiva della relativa prescrizione.

Sotto altro profilo, si è altresì precisato che la contestazione di una violazione amministrativa ex art. 14 della legge n. 689/1981 ha effetto interruttivo istantaneo del termine prescrizionale e non effetto interruttivo duraturo fino alla definitività dell'ordinanza-ingiunzione. In sostanza, dal momento in cui avviene la notifica del verbale di contestazione inizia a decorre un nuovo termine prescrizionale quinquennale, non potendosi ritenere che la decorrenza del nuovo termine prescrizionale sia rimandata ad un momento successivo⁴²⁷.

Più articolata è stata, invece, la posizione della dottrina. Secondo un primo orientamento la funzione dell'atto di contestazione è, a stretto rigore, semplicemente quella di comunicare al trasgressore che è stata rilevata la violazione di un precetto sicché ivi non è contenuta alcuna richiesta precisa di pagamento e, conseguentemente, alcuna manifestazione inequivocabile del titolare di far valere il proprio diritto di credito, non essendo esso determinato non solo nel *quantum* ma

⁴²⁶ COLLA, MANZO, *op. cit.*, 237. Al riguardo la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha chiarito: da un lato, “che ai fini dell'interruzione della prescrizione valgono gli atti del procedimento previsto dalla legge per l'accertamento della violazione e per l'irrogazione della sanzione. Tra questi atti certamente rientrano quelli idonei a costituire in mora il debitore ai sensi dell'art. 2943 c.c. avendo essi la funzione di far valere il diritto dell'amministrazione alla riscossione di una pena pecuniaria, o costituendo essi, comunque, manifestazione della pretesa sanzionatoria (Cass. n. 617/1998; Cass. n. 7650/1996; Cass. n. 5230/1995), ma non anche l'invito per l'audizione prevista dall'art. 18 della legge n. 689 del 1981 sollecitata dallo stesso ingiunto. Tale orientamento interpretativo si fonda sulla considerazione che non ogni atto che interviene nel corso del procedimento amministrativo previsto dalla legge per l'accertamento della violazione e per la irrogazione della sanzione ha la funzione di fare valere il diritto dell'amministrazione alla riscossione della pena pecuniaria, e quindi costituisce esercizio della pretesa sanzionatoria” (cfr. Cass., sez. lav., n. 13627/2002); dall'altro, che “nella giurisprudenza di questa Corte è indiscusso che in tema di sanzioni amministrative, ogni atto del procedimento previsto dalla legge per l'accertamento della violazione e per l'irrogazione della sanzione ha la funzione di far valere il diritto dell'amministrazione alla riscossione della pena pecuniaria in quanto, costituendo esercizio della pretesa sanzionatoria, è idoneo a costituire in mora il debitore ai sensi dell'art. 2943 c.c.” (Cass., sez. I, n. 9520/2001).

⁴²⁷ COLLA, MANZO, *op. cit.*, 235.

anche nell'*an*. E infatti, secondo tale impostazione dottrinarica, anche se è vero che l'atto di contestazione contiene l'indicazione della facoltà del presunto autore di pagare la sanzione in misura ridotta, è altrettanto vero che *«tale invito si concreta nello stimolo all'esercizio di detto facoltà, onde gli atti in parola altro non sarebbero che atti di inizio del procedimento, previsti a garanzia dell'interessato, essendo privi del carattere intimativo essenziale per configurare l'ipotesi cui l'art. 1219 c.c. riconosce gli effetti della costituzione in mora»*.

Senza trascurare, tra l'altro, che altrimenti opinando si consente all'amministrazione di prolungare a suo piacimento il termine prescrizione ritardando così l'accertamento della violazione.

Infatti, tenuto conto che il verbale di contestazione della violazione amministrativa - se non addirittura qualsiasi atto del procedimento, secondo quanto affermato dalla tesi giurisprudenziale c.d. estensiva - è idoneo ad interrompere il termine prescrizione quinquennale, e che è assente nell'ambito della legge n. 689/1981 sia una previsione normativa che stabilisca un separato termine decadenziale per l'adozione dell'ordinanza-ingiunzione, sia che imponga comunque un termine di prescrizione massimo per la conclusione della procedura di accertamento - alla stregua di quanto previsto nel diritto comunitario, di cui a breve - e che, infine, non è altresì previsto un termine *ad hoc* per la mera esecuzione dell'obbligo sancito nell'ordinanza-ingiunzione - anch'esso previsto invece nel diritto comunitario -, la procedura potrebbe durare, per assurdo, complessivamente anche quasi quindici anni (in particolare dieci anni per l'accertamento, se vi è interruzione del termine prescrizione con la notifica del verbale di contestazione, ed ulteriori cinque anni per la mera esecuzione dell'obbligo creditorio).

Si è appena fatto cenno, a dimostrazione della lacunosità del sistema legislativo sanzionatorio-amministrativo interno, al diritto comunitario.

Infatti, se si guarda al Regolamento CE del Consiglio, 18 dicembre 1995, n. 2988, concernente la tutela degli interessi finanziari delle Comunità, ed in particolare all' art. 3, si scopre che pur essendo demandato agli organi nazionali il profilo strettamente procedimentale di applicazione delle sanzioni amministrative comunitarie, il legislatore comunitario ha comunque espressamente previsto: 1) che il termine di prescrizione dell'azione sanzionatoria è di quattro anni a decorrere dal

giorno in cui fu commessa l'irregolarità; 2) che «*la prescrizione [...] è interrotta per effetto di qualsiasi atto dell'autorità competente, portato a conoscenza della persona interessata, che abbia natura istruttoria o che sia volto a perseguire l'irregolarità*»; 3) che «*il termine di prescrizione decorre nuovamente dal momento di ciascuna interruzione*»; 4) che «*tuttavia, la prescrizione*», se interrotta, è comunque «*acquisita al più tardi il giorno in cui sia giunto a scadenza un termine pari al doppio del termine di prescrizione senza che l'autorità competente abbia irrogato una sanzione*»; 5) che, infine, «*il termine di esecuzione della decisione che irroga sanzioni amministrative è di tre anni*».

III) Il problema dell'omessa individuazione del dies a quo per la contestazione della violazione.

Come si è visto, nel caso in cui, per impossibilità o anche per mera opportunità⁴²⁸, non si sia proceduto ad effettuare la contestazione immediata delle violazioni accertate, le stesse possono essere notificate al trasgressore entro il termine di novanta giorni (o di trecentosessanta giorni, se residente all'estero) «dall'accertamento» (art. 14, comma 1, l. n. 689/1981).

Relativamente a quest'ultimo termine deve essere posta la massima attenzione in quanto è previsto che «l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue per la persona nei cui confronti è stata omessa la notificazione nel termine prescritto» (art. 14, comma 6, l. n. 689/1981).

Tale termine ha dunque natura perentoria: la sua inosservanza comporta, infatti, la decadenza dell'amministrazione procedente dal potere di sanzionare⁴²⁹.

E' importante quindi far notare che la legge, nel prevedere un termine così stringente per la notificazione della contestazione, individua quale *dies a quo* la data in cui è compiuto l'accertamento.

Occorre cioè riflettere sul momento dal quale comincia a decorrere il termine per la notificazione delle violazioni e, in particolare, sul significato di "accertamento".

Dal momento, infatti, che sussiste uno iato temporale tra consumazione dell'illecito e contestazione, il problema che si pone (e che sovente si è posto, come si vedrà, in sede giudiziaria, ed in particolar modo nelle fattispecie caratterizzate da un'intensa attività istruttoria) è quello di stabilire il momento in cui si completa l'accertamento della violazione, momento a partire dal quale inizia a decorrere il termine per la contestazione della violazione.

Al riguardo, prendendo atto che il citato art. 14 non predetermina alcun canone per valutare il tempo impiegato dall'amministrazione per l'attività di

⁴²⁸ Come visto, la scelta tra le due forme compete all'organo accertatore non essendo prevista una decadenza per l'ipotesi in cui non si sia proceduto, pur essendo possibile, alla contestazione immediata dell'illecito.

⁴²⁹ Al riguardo, in realtà, a seconda del fatto che si condivida l'impostazione di matrice penalistica o civilistica di cui al paragrafo precedente, si parla più propriamente di "estinzione del potere di applicare la sanzione" o di "estinzione dell'obbligazione di pagare la sanzione pecuniaria (cfr. Cass. sez. II, 13 marzo 2006, n. 5400).

accertamento (*rectius*, acquisizione dei fatti e valutazione/qualificazione degli stessi), è necessario, preliminarmente, avere riguardo ai criteri di massima elaborati dalla giurisprudenza⁴³⁰.

In primo luogo è conveniente iniziare dalle statuizioni secondo le quali l'attività di accertamento dell'illecito non coincide con il momento in cui viene acquisito il "fatto storico" nella sua materialità, ma deve essere intesa come comprensiva del tempo necessario alla "valutazione" dei dati acquisiti, afferenti agli elementi oggettivi e soggettivi dell'infrazione.

In sostanza, costituisce momento interno all'accertamento anche la fase finale della c.d. "deliberazione" perché quest'ultima è ontologicamente correlata in modo diretto con le indagini, essendo tesa, in definitiva, a riscontrare la sussistenza effettiva dell'infrazione.

E' infatti solo nell'ambito di quest'ultimo stadio dell'accertamento che si valuta la consistenza giuridica della condotta agli effetti della corretta formulazione della contestazione.

In conclusione, secondo questa prima impostazione l'accertamento comprende anche il tempo necessario alla valutazione dei dati acquisiti⁴³¹.

La tesi in esame non ha convinto, tuttavia, quanti⁴³² hanno ritenuto che procedendo in questo modo si confonde la fase dell'accertamento vero e propria con quella, assolutamente distinta e separata, della valutazione, che sarebbe invece successiva e solo eventuale rispetto alla prima.

A tal proposito si è evidenziato che anche la stessa Corte Costituzionale⁴³³ si è orientata in tale ultima direzione quando, in passato, ha avuto modo di affermare che il termine per la notificazione della contestazione non decorre dalla concreta identificazione del trasgressore, ma da quello in cui la pubblica amministrazione è astrattamente in grado di provvedere alla loro identificazione.

Tale ultima citazione, invero, non coglie nel segno.

Il richiamo, infatti, risulta assolutamente neutro rispetto al fine di stabilire se nell'ambito dell'accertamento rientri anche il momento valutativo dei dati raccolti.

⁴³⁰ Per un'analitica disamina delle pronunce sul punto si rinvia a GIOVAGNOLI, FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, cit, pag 254.

⁴³¹ COLLA, MANZO, *op. cit.*, 412

⁴³² CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 157.

⁴³³ *Cfr.* Corte Cost., 17 giugno 1996, n. 198.

L'identificabilità del trasgressore attiene, infatti, ancora al momento della raccolta degli elementi (e quindi all'accertamento propriamente inteso) e non alla valutazione degli stessi, posto che, a parere di chi scrive, l'individuazione del responsabile, ossia la ricognizione del rappresentante legale e dell'obbligato in solido, non è oggetto di un'attività di qualificazione quanto, piuttosto, di mera ricerca.

Se quest'ultima asserzione risponde a verità - ossia che non attiene al momento valutativo ma a quello più propriamente accertativo l'astratta identificabilità del responsabile - ne deriva che il riferimento alla citata pronuncia risulta inconferente rispetto alla finalità di escludere dall'accertamento dei dati la valutazione degli stessi⁴³⁴.

Tuttavia, quale che sia la ricostruzione da preferire, ciò che non può mai dedursi è che l'amministrazione sia arbitra di fissare da sé il *dies a quo* per la contestazione di ciascuna singola violazione, così da essere del tutto svincolata dal tempo in concreto occorso per l'accertamento.

Di fronte al rischio che il protrarsi dell'indagine possa eludere l'esigenza di una tempestiva notizia della violazione⁴³⁵ la Cassazione ha più volte ribadito che l'accertamento deve avvenire in un termine congruo da valutarsi secondo le circostanze e la complessità del caso concreto, perchè la norma in questione va letta nel senso che il termine per la notificazione comincia a decorrere dal momento in cui l'attività di accertamento è compiuta dall'amministrazione, o si sarebbe dovuta compiere, secondo criteri di congruità e ragionevolezza, in relazione alla fattispecie concreta⁴³⁶.

L'organo accertatore deve operare, dunque, nel rispetto del canone - mobile - di ragionevolezza alla cui luce deve essere sindacato il tempo occorso per acquisire

⁴³⁴ La stessa Corte Costituzionale, infatti, sottende il ragionamento svolto quando afferma nella citata sentenza che "il predetto termine decorre dalla data in cui di fatto la pubblica amministrazione abbia operato l'identificazione del trasgressore o del responsabile, si consentirebbe una protrazione del termine, rimessa in ultima analisi alla discrezionalità dell'amministrazione, con un possibile slittamento perfino oltre l'ampio ma rigido termine previsto dalla stessa legge per la contestazione della violazione ai residenti all'estero; e si introdurrebbe così una sorta di causa di sospensione del decorso dei termini, non soggetti a limiti e condizioni".

⁴³⁵ TRAVI, nota a *Corte Cost. 17 giugno 1996, n. 198*, in *Foro.it*, 1996, 2289.

⁴³⁶ Per la rassegna della giurisprudenza di Cassazione sul punto si rinvia a COLLA, MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., 413.

i dati e valutarne la consistenza giuridica al fine della corretta qualificazione della contestazione.

Il che non esclude, considerato che il *dies a quo* attiene a ciascun singolo illecito, che gli accertamenti possono dirsi conclusi in tempi diversi a seconda della complessità delle attività da compiere in relazione a ciascuna singola violazione accertata.

Attraverso il canone della ragionevolezza si consente, quindi, al giudice dell'opposizione di sindacare il comportamento tenuto dall'amministrazione procedente, valutando complessivamente gli accertamenti compiuti dalla stessa e la congruità del tempo impiegato in relazione alla complessità degli stessi, determinando così in relazione ai singoli illeciti (a seconda che l'accertamento dello stesso sia di maggiore o minore difficoltà) il tempo ragionevolmente necessario per giungere a una conoscenza compiuta della violazione.

Il che vuol dire anche che qualora taluna delle violazioni sia di percezione immediata, il termine per la notificazione decorre immediatamente: ciò che in pratica avviene in tutti quei casi in cui pur essendo possibile una contestazione immediata, ciononostante non si proceduto in tal guisa.

La ragionevolezza e la congruità del termine sarò, ovviamente, valutata in modo oggettivo, non potendosi assolutamente attribuire rilevanza alla situazione soggettiva dell'amministrazione ed all'eventuale "arretrato di pratiche"⁴³⁷.

Tuttavia, e qui sorge un primo profilo di problematicità - o se si preferisce, di carenza procedimentale - la valutazione in punto di tempestività delle contestazione risulta affidata, in definitiva, alla fase giurisdizionale (*id est*, al giudice di merito), essendo assegnata, *ex post*, ad un momento successivo rispetto al procedimento sanzionatorio⁴³⁸.

Ma anzi, vi è di più.

⁴³⁷ Per la rassegna della giurisprudenza di Cassazione sul punto si rinvia a COLLA, MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., 414.

⁴³⁸ In tal senso non solo la giurisprudenza ordinaria della Corte di Cassazione ma anche quella amministrativa. Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 8786 del 7 ottobre del 2008 del T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, ove si legge che "*la legittimità della durata dell'accertamento, che rende mobile il dies a quo per la contestazione, va valutata in relazione al caso concreto, sulla base della complessità delle indagini tese a riscontrare la sussistenza dell'infrazione e ad acquisire piena conoscenza della condotta illecita, sì da valutarne l'esatta consistenza agli effetti della formulazione della contestazione*". In tal senso anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5 dicembre 2007, n. 12490.

Sul piano strettamente processuale è stato affermato⁴³⁹ che incombe alla parte opponente che contesta la legittimità della sanzione l'onere di provare le circostanze che renderebbero ingiustificata o colposamente tardiva la pretesa dell'amministrazione stessa.

La conclusione, quindi, è che ancora una volta le tutele offerte al trasgressore si riversano, *ex post*, sul piano processuale piuttosto che su quello, *ex ante*, procedimentale.

Infatti, non si è pensato di imporre - *iure condendo* - all'organo ispettivo l'onere di giustificare, in sede di notificazione del verbale di contestazione, le ragioni per le quali la stessa è stata eseguita solo dopo il novantesimo giorno dal primo contatto con il trasgressore, esplicitando ad esempio - attraverso ovviamente formule non generiche e standard - le motivazioni che sorreggono la complessità dell'accertamento (si pensi all'esplicazione del tipo di accertamento svolto quando la violazione, per sua natura, richieda un controllo con riguardo ad un arco temporale protratto⁴⁴⁰).

Tuttavia, e in ciò si riassume essenzialmente la questione di fondo, quando la singola attività espletata dall'organo ispettivo può più propriamente farsi rientrare nel concetto di "accertamento"?

Sulla base di quale criterio, oggettivo e predeterminato, può stabilirsi se la stessa è tale da far ritenere che l'accertamento non si sia ancora compiuto?

Per comprendere appieno il significato della domanda basta tener presente che sull'argomento è intervenuto, in passato, il Ministero del Lavoro che con apposita circolare (n.146/1992) ha sostanzialmente ammonito gli organi ispettivi facendo osservare che *«che l'accertamento è da considerarsi definito allorché siano stati acquisiti tutti gli elementi oggettivi costituenti il fatto illecito nonché quelli soggettivi riguardanti i trasgressori ivi comprese le loro generalità, sicché ulteriori accessi ispettivi e comunque la richiesta di altri dati, assumendo sovente carattere di espedienti volti a recuperare artificiosamente i termini, sono come tali assolutamente ingiustificabili»*.

⁴³⁹ Si rinvia alla nota n. 404.

⁴⁴⁰ Il che avviene, ad esempio, nel caso delle sanzioni amministrative irrogate per violazione della disciplina in materia di orario di lavoro.

Diverso il discorso, invece, nel caso in cui gli atti relativi alla violazione amministrativa siano stati trasmessi all'autorità amministrativa competente con provvedimento dell'autorità giudiziaria.

In tal caso, infatti, l'art. 14, comma 3, della legge n. 689/1981 prevede che il termine di novanta giorni (o trecento sessanta a seconda della residenza del destinatario) entro il quale deve essere notificata la contestazione decorre dalla data di ricezione degli atti trasmessi dall'autorità giudiziaria.

La norma sottende, secondo parte della dottrina⁴⁴¹, una presunzione di equivalenza tra ricezione dei documenti e compiutezza dell'accertamento della violazione, decretando così in maniera rigida la decorrenza del termine di contestazione.

A tal fine, quindi, assume di fatto un'importanza centrale la data indicata nel timbro del protocollo degli atti in entrata dell'ufficio ricevente.

A smorzare la rigidità della norma nel caso *de quo* è intervenuta, tuttavia, l'interpretazione della Suprema Corte di Cassazione secondo la quale «*in tema di illeciti amministrativi derivanti da reati depenalizzati ai sensi del d.lgs. 30 dicembre 1999, n.507, il termine perentorio di novanta giorni previsto dall'art. 14 della legge n. 689 del 1981 per la contestazione della violazione mediante notifica all'interessato inizia a decorrere non da quando la P.A. riceve copia della sentenza penale di assoluzione per intervenuta depenalizzazione, ma da quando riceve copia di tutti gli atti del procedimento penale relativi alla violazione depenalizzata, in quanto solo da quel momento la P.A. è in grado di valutare appieno la sussistenza o meno dell'illecito amministrativo*».

L'organo nomofilattico, attraverso tale *escamotage*, dà nuovamente spazio al momento della valutazione.

In realtà, secondo chi scrive, si sarebbe dovuto ragionare piuttosto nel senso che il termine per la notificazione decorre sempre e comunque dal momento della ricezione degli atti, anche se incompleti, onerando così l'autorità giudiziaria che provvede alla trasmissione degli atti di preoccuparsi di adempiervi sempre con completezza ed esaustività; e, inoltre, di provvedervi solo quando risulti *ictu oculi* (senza, cioè, la necessità di un ulteriore momento valutativo da parte dell'autorità

⁴⁴¹ GIOVAGNOLI, FRATINI, *Le sanzioni amministrative, cit.*, 258.

ricevente) l'integrazione di un illecito amministrativo, non potendosi far ricadere sul singolo trasgressore gli effetti delle eventuali disfunzioni di cui soffre l'apparato statale complessivamente inteso.

In sostanza, si sta cercando di affermare che quando è richiesta la cooperazione di diversi uffici statali gli stessi dovrebbero operare solo quando ciò sia realmente necessario, non costringendo così l'autorità ricevente a dover provvedere ad un nuovo esame della fattispecie colmando le eventuali lacune.

Come accennato nel paragrafo precedente, inoltre, a differenza dell'ipotesi in cui gli atti siano trasmessi all'autorità competente dall'autorità giudiziaria, la legge nulla dice in ordine al problema della individuazione del *dies a quo* nel caso in cui gli atti siano trasmessi a cura di altra amministrazione (non giudiziaria)⁴⁴².

Ipotesi quest'ultima che - come si è detto - ricorre ad esempio nel caso di cui all'art. 3, commi 3, 4 e 5, della L 23 aprile 2002, n. 73 (di conversione del DL 22 febbraio 2002, n. 12) ove - antecedentemente alle recenti modifiche legislative operate all'uopo con la legge 4 novembre 2010, n. 183 - era legislativamente previsto, in materia di c.d. "maxisanzione per lavoro nero", una diversificazione tra organi competenti all'accertamento/constatazione del lavoro irregolare ed Ufficio competente all'irrogazione della relativa sanzione⁴⁴³.

⁴⁴² Sul tema della necessità che, in base al principio di buon andamento ed imparzialità/terzietà della pubblica amministrazione, dovrebbe sempre essere prevista una separazione, almeno interna, tra chi esercita le funzioni di "accertatore" e chi quelle di "verificatore" dei presupposti nell'ambito del procedimento amministrativo sanzionatorio, si è pronunciata la Suprema Corte con la sentenza n. 6769/2004, la quale, riprendendo quanto stabilito dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 28/1996), ha stabilito che «è nella logica della depenalizzazione operata dalla legge n. 689/1981 che le sanzioni amministrative, un tempo di natura penale e quindi di competenza dell'autorità giudiziaria, siano oggi di competenza dell'autorità amministrativa alla quale, per definizione, non è estraneo l'interesse al rafforzamento, tramite l'applicazione delle sanzioni, delle prescrizioni alla cui osservanza essa è preposta. Il concetto stesso di terzietà, tipico della posizione del giudice, non è dunque bene evocato a proposito dell'amministrazione, quand'anche sia chiamata ad agire nell'ambito di procedimenti strutturati secondo regole di contraddittorio [...]. La garanzia insita nell'esistenza di un'istanza terza non viene, del resto, sottratta agli interessati, potendo essi rivolgersi, in sede di opposizione alle determinazioni dell'autorità amministrativa, all'autorità giudiziaria. Deve dunque affermarsi che in tema di sanzioni amministrative l'alterità tra soggetto accertatore e soggetto che adotta il provvedimento sanzionatorio non costituisce requisito di legittimità dell'atto, una volta che questo sia stato adottato dall'organo al quale la legge, statale o regionale, attribuisce la relativa competenza».

⁴⁴³ Al fine di combattere il fenomeno diffuso del lavoro "nero" era ivi stabilito che «ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore, l'impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria è altresì punito con la sanzione amministrativa da € 1.500 a € 12.000 per ciascun lavoratore, maggiorata di € 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo. Alla constatazione della violazione procedono gli organi preposti ai controlli in materia fiscale, contributiva e del lavoro. Alla irrogazione della sanzione amministrativa di cui al comma 3 provvede la Direzione provinciale del lavoro territorialmente competente».

Sul punto è intervenuto il Ministero del Lavoro⁴⁴⁴ il quale ha ribadito il principio per cui nell'ambito dell'accertamento rientra - ai fini della decorrenza del termine per la contestazione - anche il momento valutativo dei dati trasmessi. Il Dicastero ha infatti espressamente stabilito che nel caso in cui i provvedimenti sanzionatori traggano il loro fondamento dai verbali di accertamento trasmessi dagli Istituti (I.N.P.S, I.N.A.I.L.) è necessario, considerato che gli stessi sono fonti di prova relativamente agli elementi di fatto acquisiti e documentati, che si proceda innanzitutto attraverso «un'indispensabile attività valutativa da parte dell'organo competente all'adozione del provvedimento sanzionatorio per la completa definizione della fase di accertamento dell'illecito ai sensi dell'art. 14, comma 2, della legge n. 689/1981».

L'impostazione trovava conferma, d'altronde, nella precedente ed assolutamente costante giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Cfr. lettera circolare 2 agosto 2004, n. 897,

⁴⁴⁵ *Ex multis*, Cassazione, sez. lav., n. 1502/1996 ove si legge che «con il primo motivo, denunciando la violazione degli artt. 145 c.p.c. art. 14 legge 14 novembre 1989 n. 689 anche in relazione all'art. 12 delle preleggi nonché mancanza di motivazione e travisamento dei fatti, ricorda il ricorrente che l'art. 14 impone che la contestazione della trasgressione (quando, come nella specie, non possa avvenire immediatamente) debba essere effettuata nel termine di 90 giorni dall'accertamento. Nella specie l'accertamento, effettuato dagli ispettori dell'INPS, venne a conoscenza dell'ispettorato del lavoro il 28 novembre 1987 e quindi la notifica della contestazione avrebbe dovuto avvenire, a pena di decadenza, entro il 25 febbraio 1988. È avvenuta invece il 21 luglio 1988, in violazione della norma sopra citata. Nè si può sostenere che erano necessari ulteriori accertamenti da parte dell'Ispettorato del Lavoro, perché un'affermazione del genere renderebbe del tutto inefficace la precisione del termine di decadenza. La censura è infondata. Ora, è giurisprudenza assolutamente costante di questa Corte che il termine di 90 giorni dall'accertamento, previsto dall'art. 14 della legge 24 novembre 1981 n. 689 per la notificazione degli estremi della violazione, inizia a decorrere dal momento in cui è compiuta (o si sarebbe dovuta compiere anche in relazione alla complessità della fattispecie) l'attività amministrativa intesa a verificare l'esistenza dell'infrazione, dato che l'accertamento presuppone il completamento, da parte dell'autorità amministrativa competente, delle indagini intese a riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi oggettivi e soggetti dell'infrazione medesima. Per il compimento di tali indagini non sono fissati dei limiti temporali (come avviene, a norma dell'art. 28, per la prescrizione che si verifica al compimento dei 5 anni della commissione della violazione), ma da ciò non consegue l'assoluta libertà dell'amministrazione di redigere il verbale conclusivo dell'attività accertativa nel tempo da essa ritenuto più opportuno. L'attività di accertamento dell'infrazione amministrativa non deve infatti protrarsi oltre il termine ragionevolmente necessario per compiere la valutazione degli elementi in possesso dell'autorità, per pervenire alle conseguenti determinazioni sulla sussistenza dell'illecito e per redigere quindi il verbale di accertamento. Con la conseguenza che l'epoca di compimento dell'accertamento, che rappresenta il dies a quo del termine per la notifica degli estremi della violazione, deve essere valutata, in caso di contestazione, del giudice di merito, il quale, avendo a disposizione a norma dell'art. 23, 2 comma, tutti gli atti dell'accertamento, può tenere conto della minore o maggiore difficoltà del caso con riferimento alla singola pratica». Cfr. in giurisprudenza, Cass. 17 marzo 1995 n. 3092; Cass. 12 novembre 1994 n. 9544; Cass. 20 dicembre 1993 n. 12610; Cass. 16 settembre 1993 n. 9554.

Ulteriormente diversa, è invece, l'ipotesi in cui la diversificazione tra organo che procede all'accertamento e quello competente in via esclusiva all'irrogazione della sanzione sia normativamente prevista nell'ambito dello stesso Ufficio, e non già, come nella fattispecie precedentemente prevista, tra Uffici diversi.

La fattispecie è stata posta di recente all'attenzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, con la sentenza 9 marzo 2007, n. 5395, sono state chiamate a dirimere il contrasto giurisprudenziale venutosi a creare con riferimento alla decorrenza del termine prescrizione entro il quale deve essere avviata la contestazione degli illeciti amministrativi rilevati dalla CONSOB in occasione di operazioni di intermediazione mobiliare.

In materia di individuazione del *dies a quo* prescrizione nell'ipotesi in cui nell'ambito dello stesso Ufficio - nel caso specifico la CONSOB - è prevista la predetta diversificazione, la giurisprudenza di legittimità era apparsa, infatti, divisa in un primo momento.

Alcune pronunce⁴⁴⁶ avevano stabilito che solo quando la CONSOB-collegio è investita del risultato delle indagini ispettive, e sia chiamata quindi a decidere sulla ravvisabilità di illeciti amministrativi da contestare, ricorrono i presupposti per definire la constatazione come accertamento dell'infrazione, con il connesso inizio del decorso del termine entro cui all'accertamento stesso deve far seguito la contestazione, sicché è ininfluenza l'eventuale carattere ingiustificato del ritardo verificatosi tra la conclusione dell'indagine ispettiva e la convocazione in seduta collegiale della CONSOB.

A tale conclusione si era pervenuti, essenzialmente, in base al rilievo che per le violazioni di norme in materia di intermediazione mobiliare era normativamente prevista (dall'art. 2 del d.l. 8 aprile 1974, n. 95, convertito con l. 7 giugno 1974, n. 216, applicabile in quei giudizi *ratione temporis*) e lo è tuttora (dall'art. 4 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) una precisa distinzione, nell'ambito della CONSOB, tra organo incaricato alla constatazione delle irregolarità ed articolazione interna deputata alla loro valutazione (rispettivamente, i dipendenti nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e la Commissione in composizione collegiale).

⁴⁴⁶ Cfr. Cass. 25 maggio 2001, n. 7143; Id., 18 giugno 2001, n. 8257; Id. 19 giugno 2001, nn. 8342 e 8343; Id., 25 giugno 2001, n. 8657.

Diversamente, invece, altre sentenze⁴⁴⁷ avevano ritenuto che la suddetta ripartizione di compiti non è idonea a determinare una distinta imputazione delle rispettive attività e quindi non vale ad escludere che l'accertamento, pur non essendo assoggettato ad una durata predeterminata, debba tuttavia svolgersi entro un tempo ragionevole, correlato alle caratteristiche e alla complessità della situazione concreta, con la conseguenza che il *dies a quo* per la contestazione dev'essere individuato nella data di deposito della relazione ispettiva conclusiva posta a disposizione della Commissione, non potendo consentirsi che eventuali ritardi nel suo esame compromettano le possibilità di difesa del soggetto indicato come trasgressore.

Preso atto dell'esistenza del contrasto, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno stabilito che il momento dell'accertamento degli illeciti amministrativi in materia di intermediazione finanziaria non deve essere fatto coincidere, necessariamente e automaticamente, né con il giorno in cui l'attività ispettiva è terminata, né con quello in cui è stata depositata la relazione dell'indagine, né con quello in cui la Commissione si è riunita per prenderla in esame: non con il primo, perché la pura constatazione dei fatti non comporta di per sé il loro accertamento se occorre una successiva attività istruttoria e valutativa; non con il secondo o con il terzo, perché sia la redazione della relazione, sia il suo esame da parte della Commissione, debbono essere compiuti nel tempo strettamente indispensabile, senza ingiustificati ritardi.

Anche per le violazioni delle norme in materia di intermediazione finanziaria, come per quelle commesse in altri campi, occorre invece individuare, secondo le particolarità dei singoli casi e indipendentemente dalle date di deposito della relazione ispettiva e di riunione della Commissione, il momento in cui ragionevolmente la constatazione avrebbe potuto essere tradotta in accertamento: momento dal quale deve farsi decorrere il termine per la contestazione.

In conclusione, le Sezioni Unite statuiscono il principio di diritto secondo il quale *«la distinzione tra gli organi della deputati, rispettivamente, alla constatazione e alla valutazione dei fatti costituenti violazioni amministrative è ininfluente ai fini della decorrenza del termine da rispettare per la contestazione degli illeciti: decorrenza che deve essere individuata nel giorno in cui l'organo competente*

⁴⁴⁷ Cfr. Cass., 5 novembre 2003, n. 16608; Id., 7 maggio 2004, n. 8692.

all'irrogazione della sanzione, dopo l'esaurimento dell'attività ispettiva e di quella istruttoria eventualmente necessaria, è in grado di adottare le decisioni di sua competenza, senza che si possa tenere conto di ingiustificati ritardi, derivanti da disfunzioni burocratiche o artificiose protrazioni nello svolgimento dei compiti ai suddetti organi assegnati».

IV) L'assenza di un termine decadenziale per l'adozione dell'ordinanza ingiunzione. L'inapplicabilità del termine "conclusivo" previsto dall'art. 2 della l. n. 241/1990 ai procedimenti amministrativi sanzionatori.

Si è visto che l'autorità competente «*sentiti gli interessati, ove questi ne abbiano fatto richiesta, ed esaminati i documenti inviati e gli argomenti esposti negli scritti difensivi, se ritiene fondato l'accertamento, determina, con ordinanza motivata, la somma dovuta per la violazione e ne ingiunge il pagamento, insieme con le spese, all'autore della violazione ed alle persone che vi sono obbligate solidalmente*»(art. 18, comma 2, l. n. 689/1981).

L'atto conclusivo del procedimento, difatti, è l'ordinanza-ingiunzione che, anche nella terminologia del legislatore, costituisce atto complesso in quanto contenente l'ordinanza di applicazione della sanzione e l'ingiunzione di pagamento⁴⁴⁸.

In particolare, l'ingiunzione di pagamento riguarda sia la somma dovuta per la violazione che le spese del procedimento (ad esempio le spese di notificazione e le altre spese incontrate dall'amministrazione nell'ambito del procedimento).

Tuttavia, contrariamente al Codice della strada (D.lgs. n. 285/1992) - che all'art. 204 espressamente prevede che «*il prefetto, esaminati il verbale e gli atti prodotti dall'ufficio o comando accertatore, nonché il ricorso e i documenti allegati, sentiti gli interessati che ne abbiano fatta richiesta, se ritiene fondato l'accertamento, adotta, entro novanta giorni decorrenti dalla data di ricezione degli atti da parte dell'ufficio accertatore [...] ordinanza motivata con la quale ingiunge il pagamento di una somma determinata*» - la legge n. 689/1981 non impone un termine di natura decadenziale entro il quale deve essere adottato il provvedimento conclusivo del procedimento sanzionatorio (*id est*, l'ordinanza-ingiunzione).

L'unica preclusione temporale prevista per l'esercizio del potere punitivo è, infatti, quella contenuta all'art. 28 cit., che stabilisce il termine prescrizione di cinque anni dalla commissione dell'illecito per azionare la pretesa - punitiva o creditoria a seconda della tesi che si preferisce - dell'amministrazione.

⁴⁴⁸ PALIERO, TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., 107; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 222 ss.

La dottrina prima e la giurisprudenza più attente si sono interrogate sulla possibilità di colmare il predetto *vulnus* normativo verificando l'attuabilità, dal punto di visto giuridico, di un'estensione analogica della disciplina contenuta all'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990, ove è previsto un termine generale - attualmente di trenta giorni, salvo deroghe - per la conclusione delle procedure amministrative.

Nello specifico, ci si è posto il problema dell'applicabilità di quest'ultima disposizione nell'ambito degli stadi temporali, interni, previsti per l'adozione delle sanzioni amministrative dalla legge n. 689/1981.

Sintetizzando, il nodo che si è cercato di sciogliere è consistito nella fattibilità a che il termine generale previsto all'art. 2 della legge n. 241 del 1990 possa applicarsi anche all'ambito dei procedimenti sanzionatori, ed in particolare alla fase dell'adozione dell'ordinanza-ingiunzione, al fine di escludere, viceversa, l'esito scontato che il termine per l'emanazione di quest'ultima sia da riferirsi in modo esclusivo a quello quinquennale di prescrizione di cui al più volte citato art. 28.

Non potendosi ricorrere, infatti, all'applicabilità del termine previsto dall'art. 644 c.p.c. per la notificazione del decreto ingiuntivo, avendo l'ordinanza-ingiunzione natura di atto amministrativo e non di provvedimento giurisdizionale⁴⁴⁹, l'unica alternativa possibile rimasta era, appunto, quella legata alla legge n. 241/1990.

E così, una prima impostazione dottrinarie e giurisprudenziale⁴⁵⁰ ha sostenuto che l'articolo 2 della legge n. 241/1990, costituendo espressione di un principio generale dell'*agere* amministrativo, riguarderebbe tutti i procedimenti di competenza degli organi pubblici, ivi compresi quelli di natura sanzionatoria.

Ciò in quanto - si è asserito - la legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 è una «*legge di principi*» le cui disposizioni devono sempre prevalere perché espressione diretta della «*civiltà giuridica avanzata nei rapporti autorità-libertà*»⁴⁵¹ imposta dai precetti contenuti nella Costituzione, ed in particolare nei canoni di cui all'art. 97.

⁴⁴⁹ COLLA, MANZO, *op. ult. cit.*, 237 e 447.

⁴⁵⁰ In tal senso, Cass. 15 giugno 1999, n. 5936; Id., 21 marzo 2001, n. 4042; Id., 6 marzo 2004, n. 4616.

⁴⁵¹ *Cfr.* Cass., sez. un. 27 aprile 2006, n. 9591, in *Guida al lavoro*, 2006, n. 21 con nota di SANTORO, *Inapplicabilità del termine di conclusione nei procedimenti sanzionatori*, 10.

In sostanza, viene riproposto, seppur con termini diversi, quel ragionamento - visto in precedenza⁴⁵² - per cui la legge n. 241 è divenuta ormai, per effetto di un «processo circolare» instauratosi tra la stessa e la Costituzione, una legge c.d. “rinforzata”; o, se si preferisce, la considerazione secondo la quale il principio del giusto procedimento, avendo ormai assunto rango costituzionale, impone una rivisitazione in chiave, appunto costituzionale, delle normative precedentemente adottate, ivi compresa la legge n. 689/1981.

Nello specifico, «*il principio di buon andamento*» (*rectius*, del giusto procedimento) si impone nell’ordinamento statale anche «*come elemento di regolarità e validità della procedura sanzionatoria tutelando così l’interesse del cittadino a non rimanere esposto sine die all’erogazione di sanzioni amministrative*»⁴⁵³.

Un ulteriore aggancio, anch’esso costituzionale, è stato rinvenuto nel fatto che il decorso del tempo pregiudica il diritto di difesa - tutelato dall’art. 24 della Costituzione – dell’interessato, considerato che i rilievi e le eccezioni che questi potrebbe muovere, successivamente in veste di opponente dinanzi al giudice ordinario, rischiano seriamente di essere inadeguati rispetto a contestazioni di violazioni riscontrate moltissimi anni prima.

Inoltre, si aggiunge, lo stesso termine di cui all’art. 28 cit. , che costituisce l’unica alternativa possibile, non può essere riferito al procedimento avendo quest’ultimo natura sostanziale: non è cioè ad esso che può più propriamente farsi riferimento per ritenere consumato il potere dell’amministrazione perché questo ha ad oggetto esclusivamente l’estinzione del diritto, sostanziale, dell’erario a riscuotere le somme dovute per sanzioni e non, appunto, l’esercizio procedimentale di tale diritto.

In sostanza, il termine quinquennale previsto dall’art 28 cit. concerne la prescrizione del diritto dell’erario a riscuotere le somme dovute per le sanzioni ma non certamente la durata del procedimento amministrativo che, in mancanza di apposita previsione regolamentare, deve concludersi entro il termine previsto dalla legislazione statale per tutti i procedimenti amministrativi (ossia, entro il termine di cui all’art. 2 della legge n. 241/1990).

⁴⁵² Cfr. par. I, cap. I, sez. I.

⁴⁵³ SANTORO, *Inapplicabilità del termine di conclusione nei procedimenti sanzionatori*, cit., 10.

Tale interpretazione non troverebbe ostacolo - come pure obiettato, come si vedrà, da una parte della giurisprudenza di legittimità – nella natura contenziosa del procedimento in questione in quanto i procedimenti amministrativi di natura sanzionatoria non sono esclusi dal raggio di azione della L. 241/90⁴⁵⁴.

Nel tentativo di avallare tale tipo di impostazione non è mancato il rinvio ad una recente pronuncia della Corte Costituzionale (sentenza n. 380 del 2008) la quale - nell'ambito di un giudizio in materia di infrazioni al codice della strada in cui era stata chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale dell'art. 18 della legge n. 689/1981 nella parte in cui non prevede espressamente un termine, diverso e più breve, di quello di prescrizione delle sanzioni di cui all' art. 28, per l'emissione dell'ordinanza-ingiunzione – ha avuto modo di affermare testualmente che *«il rimettente ha ommesso di considerare che parte della giurisprudenza di legittimità ha più volte sostenuto che l'ordinanza-ingiunzione relativa ad infrazioni per le quali non è ammesso il pagamento in misura ridotta, pur in assenza di un termine specifico previsto dalla legge, ma in perfetta analogia con quanto previsto dall'art. 204 del nuovo codice della strada, vada comunque emanata nel termine ivi previsto»*. In sostanza, *«il giudice a quo avrebbe potuto esplorare una soluzione adeguatrice conforme alla Costituzione»*.

Sul punto sia chiaro che la Corte Costituzionale non avalla, neanche indirettamente, il ragionamento che ipotizza l'estensione analogica, come richiesto dal rimettente, dell'art. 2 della legge n. 241, ma attraverso le sue parole è comunque implicitamente evidente che occorre, ove possibile, porre riparo alle lacune normative evitando, ove possibile, di riferirsi al termine prescrizionale lungo di cui all'art. 28 della legge n. 689/1981.

Di contrario avviso, invece, sono la dottrina⁴⁵⁵ e la giurisprudenza di legittimità largamente prevalente⁴⁵⁶, secondo le quali il termine di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990 non può essere invocato nell'ambito dei procedimenti sanzionatori.

⁴⁵⁴ In tal senso vedi la giurisprudenza indicata alla nota n. 417.

⁴⁵⁵ COLLA, MANZO, *op. ult. cit.*, 448.

⁴⁵⁶ SANTORO, *Inapplicabilità*, cit., 11. In giurisprudenza, Cass., 16 aprile 2003, n. 6014; Id., 11 giugno 2003, n. 9357; Id., 17 giugno 2003, n. 9680; Id., 11 luglio 2003, n. 10920; Id., 22 novembre 2003, n. 17779; Id., 22 dicembre 2003, n. 19617; Id., 21 gennaio 2004, n. 874; Id., 30 marzo 2004, 6337; Id., 6 aprile 2004, n. 6762; Id., 6 aprile 2004, n. 6769; Id., 10 novembre 2004, n. 21406; Id., 28 dicembre 2004, n. 24053.

In tale direzione si è posto, ovviamente, anche il pensiero del Ministero del Lavoro, direttamente interessato alla questione⁴⁵⁷.

Secondo tale opposto indirizzo, infatti, le disposizioni della legge sul procedimento sanzionatorio devono ritenersi “speciali” rispetto a quelle “generali” della legge n. 241/1990 ed in quanto tali prevalgono su quest’ultime.

Inoltre – si soggiunge - il sistema delineato dalla legge n. 689/1981 non necessita di alcuna integrazione perché assolutamente completo: il diritto di difesa del cittadino è, infatti, ampiamente tutelato nella fase amministrativa giacché l’articolo 18 cit. già contempla la facoltà di presentare scritti difensivi nonché di chiedere l’audizione prima dell’emissione dell’ordinanza-ingiunzione. Lo stesso diritto, inoltre, è adeguatamente salvaguardato anche dopo l’adozione dell’atto sanzionatorio, attraverso la possibilità di presentare ricorso in opposizione innanzi all’autorità giurisdizionale ordinaria.

In realtà tutte le obiezioni mosse a sostegno di quest’ultima tesi non possono essere condivise.

Infatti, se anche la legge n. 689/1981 venisse definita come normativa speciale, tale prevalenza non potrebbe comunque essere sancita con riferimento ad una disposizione, quale quella di cui all’art. 18 cit., che risulta ormai, anche secondo la Corte Costituzionale, lacunosa.

Come si può adeguatamente sostenere che una lacuna normativa, in quanto contenuta in una legge speciale, prevalga comunque e solo per questo su una legge avente natura generale, se, tra l’altro, così operando non si addivene ad una soluzione del problema?

In aggiunta, la stessa considerazione secondo la quale il sistema delineato dalla legge n. 689/1981 sarebbe completo, essendo già garantite nell’ambito del procedimento le tutele di cui agli scritti difensivi e di cui all’audizione prima dell’adozione dell’ordinanza ingiunzione, non coglie nel segno. Infatti, la fase amministrativa nel cui ambito devono garantirsi le tutele non termina con l’audizione dell’interessato ma con l’adozione dell’ordinanza-ingiunzione che deve avvenire, in base al principio del giusto procedimento, nel rispetto di un termine che garantisca

⁴⁵⁷ Il riferimento è alle circolari ministeriali n. 1169 dell’ 11 settembre 2003 e n. 896 del 20 giugno 2005.

l'esercizio del diritto di difesa sia in ambito procedimentale che nella successiva fase giurisdizionale.

Come si è cercato più volte di evidenziare, le tutele procedurali non si limitano al mero contraddittorio dell'interessato - attraverso gli istituti degli scritti difensivi e dell'audizione - ma ricomprendono anche la pronta definizione dell'*iter* sanzionatorio, in quanto, solo contenendo quest'ultimo in un arco temporale complessivamente "ragionevole", può effettivamente dirsi che l'eventuale fase successiva di opposizione all'ordinanza-ingiunzione innanzi al giudice ordinario ha inizio, rispetto alla commissione dell'infrazione, in un tempo che consenta, concretamente, l'esercizio del diritto di difesa.

Infatti, il lasso cronologico che può trascorrere se si ritiene esclusivamente applicabile *in parte qua* il termine prescrizione di cui all'art 28 delle legge n. 689/981 è tale da incidere in maniera negativa sull'efficacia della difesa privata.

Di diverso e più consistente spessore, invece, è l'argomentazione - spalleggiata a sostegno della tesi dell'inapplicabilità dell'art. 2 cit. - di ordine strettamente procedimentale secondo il quale quest'ultima disposizione testualmente stabilisce che il termine di conclusione del procedimento decorre da una data precisa, e cioè dalla presentazione dell'istanza oppure dall'inizio d'ufficio del procedimento medesimo.

Ora, si obietta, se tale norma fosse applicabile anche all'ambito delle procedure sanzionatorie resterebbe comunque il dubbio circa il momento a partire dal quale dovrebbe farsi decorrere il termine di trenta giorni ivi previsto.

La soluzione che indicherebbe nell'atto di impulso d'ufficio degli accertamenti ispettivi o nella richiesta di intervento⁴⁵⁸ il *dies a quo* per la decorrenza del termine di cui all'art. 2 risulta, infatti, *ictu oculi* impraticabile perché, come si è visto, l'art. 14, comma 2, della legge n. 689/1981 già di per sé contempla un termine superiore (nello specifico, di novanta giorni) per la notifica delle violazioni a

⁴⁵⁸ Nello specifico, inoltre, la non praticabilità della soluzione che vedrebbe il *dies a quo* di decorrenza del termine nel deposito della richiesta di intervento deriverebbe anche dalla natura della richiesta di intervento come mera denuncia e non come istanza di cui all'art 2 della legge 241/1990. Sul tema si rinvia al par. V, cap. II, della sez. II. In questa sede, senza ripetere quanto ivi esposto, ci si limita a dire che secondo la Direttiva del Ministro del Lavoro datata 18 settembre 2008 (c.d. Direttiva Sacconi), «*la semplice presentazione agli uffici di una richiesta di intervento non costituisce una ipotesi riconducibile all'art. 2, comma 1, della legge n. 241/1990, e dunque di per sé non comporta l'amministrazione l'obbligo di dare necessariamente corso alla verifica ispettiva, a meno che i fatti denunciati non siano di natura penale, per cui quest'obbligo sussiste sempre*».

conclusione degli accertamenti, i quali, tra l'altro, costituiscono una sottofase di durata, come si visto, non predeterminabile.

Parte della giurisprudenza di legittimità ha *in parte qua* proposto di identificare, quale momento per la decorrenza del termine *ex lege* n. 241, quello della presentazione degli scritti difensivi, ovvero, in alternativa, quello in cui l'interessato viene ascoltato a difesa.

A tale orientamento non si è mancato, invero, di far rilevare l'arbitrarietà della soluzione prospettata poiché in tal modo si dà origine, in definitiva, ad un *dies a quo* nuovo e diverso da quelli espressamente contemplati dalla legge sul procedimento amministrativo: una simile ricostruzione, in ultima analisi, risulta indebita in quanto il termine di trenta giorni non può, a spregio della legge n. 241/1990, essere inserito a scelta in una qualsiasi fase del procedimento sanzionatorio.

In definitiva, la conclusione a cui pervengono i sostenitori dell'orientamento contrario è che, quindi, l'autorità pubblica può procedere all'adozione della misura sanzionatoria entro il termine prescrizione di cinque anni previsto all'art. 28 della legge n. 689/1981.

A tale ultimo indirizzo si sono allineate di recente anche le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con la sentenza 27 aprile 2006 n. 9591 le quali hanno anche fatto osservare che in tal senso depone altresì il motivo che *«nell'ambito in cui la disposizione»* (art. 2, cit.) *«è operante, l'inosservanza del termine da essa stabilito, secondo la prevalente giurisprudenza amministrativa [...] non è causa di invalidità del provvedimento che sia stato emesso tardivamente, poiché anche dopo la scadenza non viene meno il potere e dovere dell'amministrazione di attivarsi comunque per il soddisfacimento degli interessi pubblici affidati alla sua cura»*.

E in verità, sia il Consiglio di Stato⁴⁵⁹ che la stessa Corte Costituzionale⁴⁶⁰ hanno ripetutamente affermato che il termine contemplato dall'art. 2 cit. ha natura acceleratoria e non perentoria, considerato che la legge non ha annesso alcuna conseguenza procedimentale al suo mancato rispetto. Di conseguenza il potere in capo all'amministrazione persiste anche dopo lo spirare del termine sicché l'atto che eventualmente venga tardivamente adottato resta comunque valido ed efficace, tant'è

⁴⁵⁹ SANTORO, *Inapplicabilità*, cit., 11.

⁴⁶⁰ SANTORO, *Inapplicabilità*, cit., 12.

che sul piano strettamente processuale è onere del ricorrente quello di aggredirlo attraverso l'istituto dei motivi aggiunti introdotto appositamente dalla legge n. 204/2000.

Volendo riproporre il ragionamento su di un piano più strettamente scientifico può dirsi che l'istituto della estensione analogica di una disciplina giuridica sottende, di per sé, il ragionamento che quest'ultima venga "traslata" in un ambito diverso da quello per cui è stata dettata rimanendo però al contempo immutata.

In sostanza si vuole affermare che non è giuridicamente possibile estendere analogicamente un termine avente natura pacificamente acceleratoria facendolo al contempo cambiare natura, e cioè rendendolo perentorio. Tale operazione, difatti, vorrebbe significare, nella sostanza, sostituirsi al legislatore.

Ovviamente, se pur condivisibile è la conclusione secondo la quale l'unico termine applicabile è quello prescrizione espressamente previsto all'art. 28 cit., irrisolte restano le annotazioni sostanziali, sollevate dal primo degli indirizzi visti, basate fondamentalmente sui precetti costituzionali, (articoli 24 e 97 *in primis*) e soprattutto sulla presa d'atto del mutato rapporto - anche a seguito dell'introduzione della legge n. 241/1990 e, quindi, della costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento amministrativo – tra autorità e cittadino nell'attuale momento storico.

A stretto rigore, pertanto, deve inevitabilmente concludersi nel senso dell'attuale l'incompatibilità costituzionale dell'impianto stabilito dalla legge n. 689/1981 con il principio del giusto procedimento.

Ciò nonostante, a tale soluzione non si può pervenire attraverso una pronuncia (additiva) della Corte Costituzionale non potendo quest'ultima, come è risaputo, invadere ambiti ad essa sottratti perché attribuiti al potere legislativo.

E' pacifico, infatti, che gli interventi della Corte Costituzionale possono sopperire alle lacune normative solo quando sussista, già a livello ordinamentale, un "opzione" implicita e non quando, come nel caso di specie, alcuna soluzione praticabile può essere ricercata nell'ambito dell'assetto statale complessivamente inteso.

V) Una possibile interferenza: l'estensione dell'art. 3, comma 4, della legge n. 241/90 ai procedimenti sanzionatori. Il ruolo della motivazione ai fini del decorso del termine per la proposizione del ricorso in opposizione.

Si è visto in più occasioni che sia la dottrina che la giurisprudenza della Corte di Cassazione hanno escluso la possibilità di una integrazione del sistema sanzionatorio amministrativo con le garanzie previste da legge generale sul procedimento amministrativo, tra le quali, in particolare, la disciplina sulla comunicazione di avvio del procedimento, il diritto di accesso agli atti ed il termine di conclusione del procedimento.

Tra le molteplici motivazioni sollevate possono ricordarsi, a titolo riepilogativo, il fatto che quello delineato dalla legge n. 689/1981 è un complesso di norme completo e di natura “speciale”, e perciò non bisognevole e ad ogni modo impenetrabile da parte di una “legge generale”; la circostanza che l’ordinanza-ingiunzione non ha natura di provvedimento amministrativo in quanto atto meramente ricognitivo di un credito, avente civile, che trova la sua fonte esclusiva direttamente nella legge.

Tuttavia, il rigore mostrato con riguardo ai citati istituti si affievolisce, inspiegabilmente, con riferimento alla disciplina contenuta nell’art. 3, comma 4, della legge n. 241/1990 ove è espressamente statuito che *«in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l’autorità cui è possibile ricorrere»*.

In sostanza con riferimento alla disposizione richiamata sia la dottrina⁴⁶¹ ma soprattutto la giurisprudenza⁴⁶², ed in particolare quella autorevole della Corte

⁴⁶¹COLLA, MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit, 447; GIOVAGNOLI, FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 366

⁴⁶² Cfr. Cass., sez. I, 6 marzo 2003, n. 3340 ove si legge che *«in tema di sanzioni amministrative, nessuna preclusione può dirsi realizzata a carico del destinatario di un'ordinanza - ingiunzione, quanto alla facoltà di proporre opposizione, tanto nel caso di omessa indicazione del termine per la proposizione della opposizione stessa, quanto nell'ipotesi di erronea indicazione di un termine più lungo di quello fissato dalla legge. Il termine per proporre opposizione avverso il verbale di accertamento per violazioni al codice della strada, decorre dalla data di notifica del verbale e non da quella in cui detto verbale sia divenuto esecutivo; tuttavia quando, come nella specie, nel medesimo verbale di accertamento sia indicato un termine più ampio (nella specie erroneamente indicandone la decorrenza non dalla notifica, bensì dalla esecutività del verbale) non possono verificarsi preclusioni per il destinatario della notifica del verbale che abbia presentato l'opposizione nel più ampio termine erroneamente indicato dall'amministrazione, anche alla luce delle decisioni della Corte Costituzionale (sent. 311 del 1994) che, proprio con riguardo al procedimento sanzionatorio previsto dalla legge n. 689 del 1981, ha attribuito rilevanza alle indicazioni (o alla loro*

Costituzionale, non hanno mancato di affermare, senza troppa esitazione, che *«esattamente il giudice a quo, in vista dell'esercizio del diritto di difesa, richiama l'esigenza del rispetto di quelle regole di trasparenza, poste in via generale dall'art.3, ultimo comma, della legge n. 241 del 1990, che obbligano l'autorità amministrativa a rendere edotti coloro, cui vengano notificati provvedimenti amministrativi, circa il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere. Tale previsione deve ritenersi di carattere generale e quindi integrativa di procedimenti amministrativi disciplinati, come nella specie, da disposizioni anteriori»*, e che *«questa interpretazione adeguatrice appare idonea a superare il dubbio di costituzionalità sollevato nell'ordinanza di rinvio»*⁴⁶³.

Statuizione che è densa di significato se si tiene a debita considerazione la circostanza che il giudizio *a quo* verteva propria con riguardo al procedimento sanzionatorio previsto dalla legge n. 689/1981.

Tanto è vero che la questione oggetto della controversia giurisprudenziale e del dibattito dottrinario sviluppatosi non atteneva alla possibilità di estendere analogicamente la citata disposizione all'ambito dei procedimenti sanzionatori, quanto piuttosto al sindacato sugli effetti del mancato rispetto degli obblighi dalla stessa imposti.

Significativa in tal senso è, a titolo esemplificativo, l'affermazione più volte ricorrente nella giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo la quale *«in tema di sanzioni amministrative, la mancata indicazione nell'ordinanza ingiunzione del termine previsto a pena di decadenza per proporre l'opposizione e dell'autorità competente a decidere sulla stessa - indicazioni prescritte dall'art. 3 comma quarto legge n. 241 del 1990 - integra non già la nullità bensì una mera irregolarità del provvedimento, che impedisce il verificarsi di preclusioni processuali a seguito del mancato rispetto, da parte dell'interessato, del termine di cui all'art. 22 legge n. 689 del 1981»*⁴⁶⁴.

La giurisprudenza, infatti, è costante nell'entrare nel merito della questione affermando che la mancata indicazione nell'atto sanzionatorio del termine

mancanza) circa il termine entro cui è possibile ricorrere e l'autorità cui rivolgersi contenute nei provvedimenti amministrativi in ossequio al disposto dell'art. 3 legge 241 del 1990».

⁴⁶³ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 311 del 1994.

⁴⁶⁴ Cfr. Cass., sez. I, 29 ottobre 2004, n. 21001 conforme a Cass. n. 6976 del 2000 e Cass. n. 9080 del 1997.

d'impugnazione e dell'organo dinanzi al quale può essere proposto ricorso in opposizione, prevista dall'art. 3, comma 4, cit. non inficia la validità dell'atto ma comporta sul piano processuale il riconoscimento della scusabilità dell'errore in cui sia eventualmente incorso il ricorrente.

La violazione della disposizione, si evidenzia⁴⁶⁵, riguardando un adempimento posteriore ed indipendente dalla formazione della volontà della p.a., ossia un *post factum*, non comporta l'illegittimità dell'atto finale ma costituisce fattore valutabile ai fini della rimessione in termini per l'impugnazione.

Anche se, per mera completezza, va sottolineato che l'automatica applicabilità dell'errore scusabile è stata revocata in dubbio dalla decisione 14 febbraio 2001, n. 1, dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha precisato che *«la mancata indicazione del termine per proporre impugnazione e dell'organo davanti al quale radicare la stessa può costituire presupposto per l'errore scusabile solo se sia apprezzabile una qualche giustificata incertezza sugli strumenti di tutela utilizzabili da parte del destinatario dell'atto, risolvendosi altrimenti tale inadempimento in un'assoluzione indiscriminata dall'onere, anch'esso gravante in ugual misura sul destinatario medesimo, di ottemperare alle prescrizioni vincolanti delle leggi dello Stato, assistite dalla presunzione legale di conoscenza, poste a fondamento dell'indefettibile principio dell'obbligo di osservanza dei precetti giuridici»*⁴⁶⁶.

Per concludere sul punto, relativamente al comma 4 dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 può affermarsi, con certezza, l'esistenza nell'ambito dell'ordinamento di una interferenza tra i due sistemi procedimentali⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ GIOVAGNOLI, FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 366.

⁴⁶⁶ Statuizione ripresa di recente dalla sentenza del Cons. St., sez. VI, 13 aprile 2010, n. 2047.

⁴⁶⁷ Le comunicazioni imposte dalla disciplina prevista all'art. 3, comma 4, della legge n. 241/1990 non si estendono, invece, in via prodromica al verbale di contestazione in quanto quest'ultimo non è atto decisorio, e perciò autonomamente impugnabile, ma è un atto istruttorio che assolve - come visto nei paragrafi II e III del capitolo I della sezione II - ad una funzione comunicativa simile a quella prevista per l'atto di cui all'art. 7 della legge n. 241/1990 (in tal senso, Cass., sez. lav., 7-11-1995, n. 11593; sez. III, 5-4-2000, n. 4145; sez. III, 19-5-2000, n. 6485. Ma soprattutto, Corte Costituzionale, ordinanza n. 160/2002, la quale *«ha dichiarato la manifesta infondatezza della indicata questione di legittimità costituzionale evidenziando che la mancata previsione negli articoli della legge n. 689/1981 denunciati dal giudice di Chieti della possibilità di ricorrere immediatamente all'autorità giudiziaria contro il verbale di contestazione, non rappresenta alcuna compressione della facoltà di agire in giudizio e di tutela delle posizioni lese»*. In particolare la Corte, richiamando l'orientamento della Cassazione, ha anch'essa sottolineato che il verbale di contestazione-accertamento delle violazioni per le quali sia prevista una sanzione amministrativa

Proseguendo oltre, invece, maggiore interesse è suscitata dalla questione avente ad oggetto la possibilità di estendere tale tipo di ragionamento anche con riguardo all'obbligo di motivazione.

In particolare si tratta di stabilire se anche con riferimento all'ordinanza-ingiunzione è possibile affermare che all'omessa o insufficiente articolazione dell'impianto motivazionale consegua la mancata decorrenza del termine per la proposizione del ricorso in opposizione.

Prima di addentrarci ad affrontare la problematica esposta è doveroso procedere iniziando dall'analisi, sintetica, della consistenza dell'obbligo di motivazione dell'ordinanza ingiunzione.

Infatti, l'art. 18, comma 2, della legge n. 689/1981, pur imponendo all'autorità amministrativa di motivare l'atto che dispone la sanzione, anticipando così il principio fondamentale sancito dall'art. 3 cit., non specifica il contenuto di tale obbligo.

Al fine di precisare, quindi, la portata del dovere gravante sull'organo pubblico è necessario, quindi, rinvenirne il profilo strutturale e funzionale. In tale ottica appare utile quantomeno il richiamo, appunto, all'art. 3 cit. il quale stabilisce,

pecuniaria non è immediatamente lesivo di posizioni del soggetto cui viene attribuita la violazione né può costituire titolo esecutivo o comunque atto di irrogazione della sanzione; detto verbale, quale primo atto del procedimento amministrativo sanzionatorio costituisce mezzo per assegnare agli interessati un termine per partecipare al procedimento medesimo con osservazioni, scritti difensivi e documenti e, a differenza del sistema previsto per le infrazioni al codice della strada, non può mai assumere il valore di titolo per il pagamento dovendo sempre e in ogni caso - salvo che non intervenga una c.d. composizione con pagamento volontario ridotto - intervenire, da parte dell'autorità competente, l'ordinanza-ingiunzione ovvero l'ordinanza di archiviazione). Tuttavia, occorre sottolineare che la recente legge 4 novembre 2010, n. 183, all'art. 35, comma 4 - che sostituisce l'art. 13 del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, recante norme di «*Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'articolo 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30*» - espressamente prevede che «*alla contestazione delle violazioni amministrative di cui all'art. 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689, si provvede da parte del personale ispettivo esclusivamente con la notifica di un unico verbale di accertamento e notificazione, notificato al trasgressore e all'eventuale obbligato in solido. Il verbale di accertamento e notificazione deve contenere:*», tra l'altro, «*e) l'indicazione degli strumenti di difesa e degli organi ai quali proporre ricorso, con specificazione dei termini di impugnazione*». Al di là del fatto che non si comprende a che tipo di ricorso stia facendo riferimento il legislatore nei confronti del verbale di contestazione di illeciti amministrativi, tenuto conto che quest'ultimo, non irrogando la sanzione, non è autonomamente impugnabile; e che, ancora, non si comprende il motivo per cui il legislatore, una volta intervenuto, lo abbia fatto poi con riferimento esclusivo all'ambito delle sanzioni amministrative in materia di lavoro, andando a sostituire l'art. 13 del d.lgs. 124/2004, e non con riferimento a tutte le sanzioni amministrative, attraverso un'integrazione dell'art. 14 della legge n. 689/1981; quel che lascia stupiti è che il legislatore della novella si sia, da un lato, interessato di prevedere espressamente una garanzia partecipativa al trasgressore già nel verbale di contestazione - inutile come detto - e, dall'altro, si sia completamente disinteressato, invece, di prevederla, alla stregua dell'art. 3, comma 4, della legge n. 241/1990, con riferimento all'ordinanza-ingiunzione.

come è noto, che la motivazione consiste nella esposizione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche del provvedimento.

Il precetto della legge generale sul procedimento amministrativo pone il problema di verificare se la motivazione dell'ordinanza debba avere lo stesso contenuto ovvero, in ragione della presunta specialità della legge n. 689/1981, possa contemplarne uno diverso.

Tale questione impone di considerare le caratteristiche essenziali dell'atto ingiuntivo, il quale è adottato a seguito di una valutazione positiva dell'accertamento nonché del ricorso ai criteri di quantificazione della misura punitiva ai sensi dell'art. 11 della medesima legge⁴⁶⁸.

In considerazione di detti caratteri in dottrina⁴⁶⁹ si è affermato che la struttura della motivazione dell'ordinanza deve essere ricercata nei due fondamentali momenti della discrezionalità dell'atto, cioè nel rendere espliciti gli elementi ritenuti rilevanti nella valutazione della fondatezza dell'accertamento ed i criteri presi in considerazione ai fini della quantificazione della sanzione.

Va rammentato, infatti, che sul piano strettamente funzionale la *ratio* dell'obbligo di rendere manifesti i motivi dell'atto si rinviene nell'esigenza di trasparenza dell'azione al fine di assicurare l'esercizio del diritto di difesa da parte dell'incolpato.

Mentre con riferimento al secondo momento di discrezionalità dell'ordinanza-ingiunzione, e cioè all'esplicitazione degli indici di commisurazione della sanzione disposta, l'impostazione giurisprudenziale maggioritaria⁴⁷⁰ adotta un'interpretazione riduttiva dell'obbligo motivazionale della p.a. - non considerando necessaria una dettagliata indicazione degli elementi ritenuti rilevanti nel caso concreto, essendo sufficiente che l'autorità faccia richiamo ai criteri, stabiliti dalla legge ed esplicitati dalle varie circolari diramate al riguardo dagli Istituti

⁴⁶⁸ Il citato art. 11 stabilisce testualmente che «*nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*».

⁴⁶⁹ SANTORO, *L'obbligo di motivazione nell'ordinanza-ingiunzione*, in *www.adapt.it*.

⁴⁷⁰ Per le indicazioni giurisprudenziali si rinvia a SANTORO, *L'obbligo*, *op. ult. cit.*

interessati⁴⁷¹, atteso che al giudice dell'opposizione, eventualmente investito della questione della congruità della sanzione, è espressamente attribuito il potere di determinare quest'ultima, applicando direttamente i criteri di legge - altrettanto non può dirsi con riferimento, invece, al momento discrezionale afferente alla valutazione della fondatezza dell'accertamento effettuato.

Nello specifico, il dibattito si è incentrato sulla consistenza dell'obbligo motivazionale nell'ipotesi di presentazione di scritti difensivi e di audizione orale dell'incolpato.

Può dirsi ormai acquisto, infatti, che in base al principio del contraddittorio (*rectius*, del giusto procedimento), la proposizione di deduzioni difensivi obbliga l'autorità a tener conto delle osservazioni del privato ai fini della decisione finale.

Se ciò è vero - come si è cercato di dimostrare sin qui di dimostrare - ne deriva che il punto centrale da verificare consista nello stabilire in che modo la p.a., nell'ottemperare all'obbligo, debba in modo specifico calibrare la motivazione sulle argomentazioni della parte privata.

Se, infatti, almeno in linea di principio può con certezza affermarsi che l'omessa considerazione *in toto*, nell'ordinanza-ingiunzione, delle deduzioni difensive presentate a norma dell'art. 18, comma 1, cit., rende illegittimo l'atto per violazione di legge, è necessario, invece, esaminare quale sia la portata delle "repliche" motivazionali che la citata disposizione impone come requisito di validità dell'atto.

A fronte di un orientamento risalente che ritiene *tout court* irrilevante il vizio di motivazione dell'ordinanza per mancata considerazione delle istanze difensive⁴⁷², in tempi recenti si registra un indirizzo variegato che subordina la declaratoria d'illegittimità del provvedimento irrogativo della sanzione a diverse condizioni.

Secondo una prima impostazione, per vincolare la p.a. a motivare sul loro contenuto, gli scritti difensivi devono contenere fondate questioni di diritto, o esporre

⁴⁷¹ Con riferimento all'attività ispettiva del Ministero del Lavoro, infatti, i criteri stabili all'art. 11 della legge n. 689/1981 sono specificati nella circolare n. 121 del 1988.

⁴⁷² Cfr. Cass., sez. I, 1 luglio 1997, n. 5884 ove si legge che «*nel procedimento di opposizione a sanzione amministrativa pecuniaria, nel quale il sindacato del giudice si estende alla validità sostanziale del provvedimento, attraverso un autonomo esame della ricorrenza dei presupposti di fatto e di diritto dell'infrazione, non hanno rilievo i vizi di motivazione dell'ordinanza - ingiunzione connessi al fatto che l'autorità ingiungente non abbia, o non abbia adeguatamente, valutato le deduzioni difensive dell'incolpato, formulate in sede amministrativa*».

elementi di fatto decisivi: solo in tal caso l'inadeguata considerazione delle memorie potrà viziare l'atto per errore di diritto o per vizio di motivazione⁴⁷³.

Altro indirizzo ritiene necessario che, in caso di presentazione di scritti difensivi o di difese orali espresse nell'audizione, il contenuto motivazionale sia esteso al riferimento alle osservazioni dell'interessato, ma allo stesso tempo ritiene che non sia essenziale che l'autorità si soffermi sulle questioni di diritto, quale la riconducibilità della fattispecie nell'ambito della norma ritenuta applicabile. Pertanto, anche se l'interessato abbia messo in discussione l'applicabilità di una determinata norma ai fatti accertati, non si richiede che l'ordinanza contenga una argomentata replica in proposito⁴⁷⁴.

Alla stregua di un ulteriore filone pretorio, l'obbligo motivazionale dell'ordinanza-ingiunzione, con specifico riferimento alle deduzioni sollevate dall'interessato, ha una diversa estensione e consistenza a seconda che vengano contestati fatti già presi in considerazione nel verbale di accertamento ovvero vengano allegati fatti nuovi e diversi, tali da inficiare l'esistenza dei presupposti costitutivi della violazione contestata ovvero da eliminare al fatto commesso ogni elemento di anti giuridicità⁴⁷⁵.

Mentre in quest'ultimo caso l'obbligo di motivare impone di prendere in considerazione tali deduzioni, illustrando le ragioni del loro mancato accoglimento, nei casi di contestazione dei fatti già esposti nel verbale, invece, può ritenersi sufficiente, al fine della loro confutazione, il richiamo al contenuto del corrispondente verbale (secondo il meccanismo della c.d. motivazione *per ralisationem*).

Quest'ultimo indirizzo, in definitiva, invita a distinguere tra due ipotesi, rispetto alle quali l'obbligo di motivazione ha diversa estensione e consistenza. Bisogna, infatti, considerare se le difese indichino fatti già oggetto del verbale ispettivo ovvero alleghino fatti nuovi e diversi, tali da inficiare l'esistenza dei presupposti costitutivi della violazione contestata o da rimuovere al fatto commesso ogni elemento di anti giuridicità. E ciò in quanto, nella prima ipotesi l'incolpato deduce fatti estintivi o impeditivi della pretesa sanzionatoria, ad esempio nelle

⁴⁷³ Cfr. Cass. 4 maggio 2007, n. 10243.

⁴⁷⁴ Cfr. Cass. 29 novembre 2004, n. 22429; Cass. 19 dicembre 2003, n. 19475.

⁴⁷⁵ Cfr. Cass. 3 luglio 2009, n. 15696.

fattispecie omissive affermando di aver compiuto l'azione richiesta dalla norma (es. comunicazione dell'avvenuta assunzione di un lavoratore all'I.N.P.S. ed all'I.N.A.I.L.), mentre nella seconda l'incolpato oppone la sussistenza di una causa di estinzione dell'illecito (ad esempio, prescrizione, avvenuto pagamento della sanzione in misura ridotta ex art 16 della legge n. 689/1981) ovvero una scriminante o una causa di esclusione della colpevolezza (ad esempio aver agito, rispettivamente, in stato di necessità o forza maggiore).

Un ultimo indirizzo giurisprudenziale, recentemente espresso⁴⁷⁶, sembra aver ristretto ulteriormente l'obbligo motivazionale della p.a. stabilendo che la motivazione deve ritenersi sufficientemente esposta anche con il semplice riferimento agli scritti difensivi, pur se non contenga alcuna argomentazione tendente a confutarli. In pratica, la Suprema Corte ha ritenuto sufficiente la mera presa d'atto, nell'ordinanza-ingiunzione, che sono state presentate deduzioni difensive e che le medesime sono state prese in considerazione ai fini della decisione conclusiva. In altri termini, secondo siffatto filone pretorio - non condivisibile - sarebbe sufficiente inserire nel testo dell'ordinanza la clausola di stile *«esaminati gli scritti difensivi ed i documenti presentati dall'interessato»*.

A seguito dei contrasti giurisprudenziali sintetizzati, sono recentemente intervenute le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 28 gennaio 2010, n. 1786) che ha stabilito, sposando la tesi più liberale, che ai fini della risoluzione della questione si rivela decisiva l'individuazione della natura del giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative di cui agli artt. 22 e 23 della legge n. 689/1981.

Ebbene, partendo dalla considerazione secondo la quale si tratta di rito avente ad oggetto non già l'atto amministrativo impugnato, atto che ha la sola funzione di introdurre il giudizio, ma di giudizio sul rapporto sanzionatorio intercorso tra p.a. e privato ne consegue - secondo le Sezioni Unite - che prestare attenzione ai vizi intrinseci e formali del provvedimento è fuorviante perché il giudice conosce dell'intera pretesa punitiva dell'amministrazione, sicché, riguardo alla motivazione, quand'anche essa fosse carente sotto il profilo della considerazione delle difese dedotte dall'interessato, non può per ciò solo ritenersi annullabile l'atto gravato.

⁴⁷⁶ Cfr. Cass. 27 ottobre 2009, n. 22658.

Invero – secondo il ragionamento della Corte – il diritto di difesa non è leso giacché le argomentazioni difensive quand’anche trascurate in sede amministrativa ben possono essere riproposte innanzi al giudice.

L’assunto della Suprema Corte – che, come si avrà modo di dimostrare, non può assolutamente essere condiviso – trova fondamento su due concezioni, rispettivamente riguardanti, l’una, l’oggetto del giudizio di opposizione a sanzioni amministrative, l’altra, la natura dell’ordinanza-ingiunzione.

Senza ripercorre nuovamente il dibattito sviluppatosi intorno a quest’ultimo punto⁴⁷⁷, la Corte implicitamente sottintende che l’ordinanza non assume natura di provvedimento amministrativo, bensì di atto meramente dichiarativo di un’obbligazione pecuniaria sorta in precedenza con la commissione del fatto illecito.

In questa prospettiva, essendo l’ordinanza-ingiunzione atto integralmente vincolato, e tenuto conto dei poteri del giudice in sede di giudizio di opposizione, non è necessaria una motivazione apprezzabile perché, da un lato, l’estensione di quest’ultima è direttamente proporzionale al margine di discrezionalità di cui gode la p.a., dall’altro il diritto di difesa dell’ingiunto può essere efficacemente fatto valere in giudizio. Il rito speciale di opposizione a sanzione amministrativa ha ad oggetto, come detto, l’intera pretesa sanzionatoria della p.a. non essendo limitato, invece, ai meri profili di illegittimità dell’atto impugnato.

Quest’ultimo indirizzo, tuttavia, non appare condivisibile a parere di chi scrive.

In primo luogo, anche senza mettere in discussione la natura civile, e perciò vincolata dell’atto ingiuntivo, nonché l’oggetto del giudizio di opposizione, si evidenzia che dall’affermazione - delle Sezioni Unite - secondo la quale l’ordinanza-ingiunzione non sarebbe altro che atto introduttivo del giudizio non può farsene derivare la conclusione che i vizi formali non avrebbero importanza.

Se anche, come non si revoca in dubbio, si riconosce al giudice dell’opposizione la titolarità del potere, prettamente sostanziale, di rideterminare l’importo della sanzione e di accogliere anche parzialmente l’opposizione (art. 23,

⁴⁷⁷ Per il quale si rinvia al par. II del presente capitolo.

comma 11, della legge n. 689/1981⁴⁷⁸), ciò comunque non può significare che l'esercizio dei predetti poteri sostanziali possa prescindere dagli eventuali vizi formali dell'atto.

Proprio dall'essere atto introduttivo di un giudizio "sostanziale" ne deriva che l'introduzione dello stesso in tanto può avvenire in quanto l'atto abbia i requisiti formali richiesti. In sostanza, il giudice dell'opposizione intanto può entrare nel merito della pretesa, verificando se la stessa sia fondata, in quanto non siano presenti "vizi intrinseci e formali". Il giudice dell'opposizione può conoscere il rapporto solo una volta che questo si sia legittimamente costituito.

Tale considerazione si impone, infatti, non tanto perché nell'ambito della legge n. 689/1981 manca una norma corrispondente a quella prevista dal comma secondo dell'art 21 *octies* della legge n. 241/1990⁴⁷⁹, quanto piuttosto per la considerazione che la norma ultima citata si giustifica con riferimento al provvedimento amministrativo che è atto conclusivo di una ponderazione sostanziale degli interessi, pubblico e privato, in comparazione. Ed è per questo che il legislatore ha voluto introdurre uno strumento (l'art. 21 *octies*, comma 2, cit.) che consentisse, anche qualora non vi fosse stato un adeguato apparato motivazionale, di salvaguardare l'assetto di interessi raggiunto quando, anche se solo dal punto di vista sostanziale del contenuto, quest'ultimo sia correlato ad una corretta ponderazione che non avrebbe potuto essere altrimenti.

Quest'ultima impostazione "sostanziale" non si attaglia, invece, all'ordinanza-ingiunzione perché la stessa non è atto scaturente da una ponderazione sostanziale ed amministrativa di interessi contrapposti, sicché non vi è un interesse superiore alla salvaguardia ad ogni costo dell'assetto correttamente raggiunto, ma è atto vincolato, costitutivo o ricognitivo, di un'obbligazione predeterminata dalla legge, di natura punitiva o civile.

⁴⁷⁸ Ove è previsto che «con la sentenza il giudice può rigettare l'opposizione, ponendo a carico dell'opponente le spese del procedimento o accoglierla, annullando in tutto o in parte l'ordinanza o modificandola anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta».

⁴⁷⁹ Ove è previsto che «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Inoltre, dirimente è altresì la considerazione che “dequotando” la motivazione della sanzione - che come si è appena visto non sottende una ponderazione di interessi contrapposti - si costringe il privato a ricorrere al “buio” per scoprire le ragioni per le quali la p.a. ha ritenuto di dover esercitare la pretesa punitiva o, a seconda della tesi che si ritiene di condividere, di ingiungere il pagamento di un credito. Il che costituisce, appunto, lesione del diritto di difesa.

Senza trascurare che, anche dal punto di vista processuale, intanto il giudice può ritenere fondato il rapporto instauratosi con l’ordinanza-ingiunzione, e rideterminare, se del caso, l’importo della sanzione, in quanto le parti siano state poste in condizione di parità sin dall’inizio.

Il privato, cioè, ha diritto di sapere sin dall’inizio se la pretesa, punitiva o creditoria, esercitata è in linea con la legge o se, piuttosto, è necessario un vaglio giudiziario.

In sostanza, quel che si vuole dimostrare è che il diritto di difesa nell’ambito del processo mutua il proprio contenuto dall’ambito procedimentale. Non è sufficiente affermare che la difesa è rispettata soltanto perché è possibile ricorrere al giudice, tralasciando l’aspetto contenutistico della stessa.

Ed in tal senso, proprio per questi motivi non si rivela idoneo di per sé lo strumento dell’obbligo di deposito, in capo alla p.a., di tutti gli atti ispettivi alla prima udienza davanti al giudice (art. 23, comma 2, legge n. 689/1981⁴⁸⁰).

Anche perché occorre altresì tener presente che la lesione del diritto di difesa, o, se si preferisce, lo svuotamento del diritto ad avere contezza dei motivi dell’incolpazione o del credito vantato è assoluta se è vero, come ha stabilito un ultimissima pronuncia delle Sezioni Unite della Corte⁴⁸¹, che anche la motivazione dell’ordinanza di convalida dell’ordinanza-ingiunzione adottata ai sensi dell’ art. 25

⁴⁸⁰ Ove è stabilito che «se il ricorso è tempestivamente proposto, il giudice fissa l’udienza di comparizione con decreto, steso in calce al ricorso ordinando all’autorità che ha emesso il provvedimento impugnato di depositare in cancelleria, dieci giorni prima della udienza fissata, copia del rapporto con gli atti relativi all’accertamento, nonché alla contestazione o notificazione della violazione. Il ricorso ed il decreto sono notificati, a cura della cancelleria, all’opponente o, nel caso sia stato indicato, al suo procuratore, e all’autorità che ha emesso l’ordinanza. La prova scritta della conoscenza del ricorso e del decreto equivale alla notifica degli stessi».

⁴⁸¹ Cfr. Cassazione, sezioni unite, 16 marzo 2010, n. 10506.

della legge n. 689/1981⁴⁸² può essere succinta nel caso in cui l'opponente, anche per scelta processuale, non si sia presentato alla prima udienza.

Nella citata sentenza la Corte ha infatti stabilito il principio di diritto secondo il quale *«nel giudizio di opposizione avverso i provvedimenti irrogativi di sanzioni amministrative, disciplinato dagli artt. 22 e 23 della legge n. 689 del 1981, l'ordinanza di cui al quinto comma del citato art. 23, con la quale il giudice convalida il provvedimento impugnato per mancata comparizione alla prima udienza dell'opponente che non abbia fatto pervenire tempestiva notizia di un suo legittimo impedimento, è sufficientemente motivata ove il giudice dia espressamente atto di aver valutato la documentazione hinc ed inde prodotta, ritenendola inidonea a incidere sulla valenza della pretesa sanzionatoria, senza necessità di una specifica disamina di ciascuna delle censure rivolte al provvedimento impugnato, dovendosi escludere - alla stregua della ratio sottesa alla norma, intesa, in coerenza con i principi del giusto processo, alla sollecita definizione dei procedimenti ai quali la parte attrice abbia omesso di dare impulso - che l'onere motivazionale relativo alla sussistenza o meno dei presupposti giustificanti la sanzione irrogata debba conformarsi ai contenuti tipici di una decisione raggiunta all'esito di un giudizio sviluppatosi secondo le forme ordinarie».*

Sicché, se alla motivazione “ristretta” dell’ordinanza-ingiunzione, che impone in sostanza un ricorso c.d. al buio, si aggiunge la motivazione “succinta” dell’ordinanza ex art. 23 cit., si comprende come all’opponente non sia dato modo di avere conoscenza delle ragioni della fondatezza dell’accertamento svolto.

Certo si potrebbe obiettare che, almeno con riferimento al caso dell’ordinanza di convalida dell’ordinanza-ingiunzione, l’opponente non si è presentato in giudizio e che quindi, dovendo essere disposta la convalida, in tali occasioni si giustifica il perché di una motivazione “succinta”.

In realtà anche tale obiezione non è aderente al dato normativo sia perché la mera assenza in giudizio, una volta articolati con ricorso in opposizione i motivi di impugnazione della sanzione, non può costituire di per sé elemento per ritenere

⁴⁸² Ove è previsto che *«se alla prima udienza l'opponente o il suo procuratore non si presentano senza addurre alcun legittimo impedimento, il giudice, con ordinanza ricorribile per cassazione, convalida il provvedimento opposto, ponendo a carico dell'opponente anche le spese successive all'opposizione».*

fondato l'accertamento disposto, sia perché l'onere di provare in giudizio la sussistenza dei fatti contestati ricade sull'amministrazione opposta, essendo logicamente prevista, ai sensi dell'art. 23, ultimo comma, cit., la c.d. inversione dell'onere della prova, disponendo la norma da ultimo citata che «il giudice accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente».

Tant'è che secondo un attento orientamento dottrinario⁴⁸³ - da condividere - «il trasgressore-ricorrente in opposizione ad ordinanza ingiunzione potrebbe difendersi in giudizio semplicemente negando la sussistenza delle violazioni a contestate, attendendo “passivamente” che sia controparte, e cioè l'amministrazione opposta (Direzione del Lavoro), a provare la sussistenza delle violazioni contestate».

Per ovviare al segnalato vuoto di tutela - derivante, come più volte evidenziato, dall'essere l'incolpato gravato comunque dall'onere di ricorrere al giudice dell'opposizione pur senza conoscere appieno le ragioni della contestazione a lui addebitata - si potrebbe pensare di mutuare, dall'ambito strettamente processual-amministrativo, le acquisizioni elaborate dalla dottrina amministrativa più attenta al tema, e recentemente fatte proprie dal giudice amministrativo.

Come sapientemente riportato di recente da un'attenta dottrina⁴⁸⁴, seppur nell'ambito strettamente amministrativo, non «invano Cannada Bartoli⁴⁸⁵ e Sandulli⁴⁸⁶ ebbero a dire che il privato prima di conoscere la motivazione può percepire di essere inciso dal provvedimento, ma non di essere leso, cioè di subire un sacrificio ingiusto del suo interesse legittimo, ciò che può desumersi soltanto dalla motivazione dell'atto».

Nell'assunto che «la consapevolezza di essere inciso è altra cosa da quella di essere leso⁴⁸⁷», alcune recenti sentenze del Consiglio di Stato⁴⁸⁸, avversando l'indirizzo prevalente, hanno sostenuto che ai fini della piena conoscenza dell'atto, da cui decorre il termine di impugnazione, non è sufficiente che il privato abbia

⁴⁸³ DEL TORTO, *Accesso agli atti e motivazione del verbale ispettivo*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza n. 22 del 31 maggio 2010*, 15, disponibile sul sito www.dplmodena.it.

⁴⁸⁴ BACCARINI, *Motivazione ed effettività della tutela*, in www.giustamm.it.

⁴⁸⁵ CANNADA BARTOLI, *Decorrenza dei termini e possibilità di conoscenza dei vizi*, in *Foro amm.-TAR*, 1961, I, 1085.

⁴⁸⁶ A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli 1963, 243.

⁴⁸⁷ BACCARINI, *op. ult. cit.*

⁴⁸⁸ *Cfr.* Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 522, in *Foro amm.-CdS*, 2007, 602.

cognizione degli elementi essenziali del provvedimento, tra i quali non sarebbe compresa la motivazione, ma è necessario, invece, proprio la conoscenza di quest'ultima.

Tenuto conto che, come rilevato da una parte della dottrina⁴⁸⁹, l'istituto della decadenza è riconducibile al mancato esercizio di un potere⁴⁹⁰ è opportuno che tale effetto negativo - *id est*, nello specifico, la perdita del potere di proporre ricorso in opposizione - si verifichi solo a fronte dell'ipotesi in cui l'interessato «*conoscendo l'atto in misura sufficiente per individuarne anche i difetti incidenti nel campo della propria sfera giuridica, abbia lasciato trascorrere inutilmente il termine finale*»⁴⁹¹.

E infatti, proprio con il dichiarato scopo di superare l'impostazione formalistica del concetto di piena conoscenza dell'atto, secondo la quale può prescindersi dalla cognizione dell'apparato motivazionale per desumere eventuali profili di illegittimità – impostazione che ha favorito il diffondersi del fenomeno dei c.d. ricorsi al buio, promossi con il solo scopo di evitare una declaratoria di tardività attraverso la formulazione di generici motivi di ricorso fondati su mere intuizioni di illegittimità, con il duplice rischio per il ricorrente di incorrere in una pronuncia di inammissibilità per genericità dei motivi, con conseguente condanna anche alle spese oltre a quelle già sostenute per il ricorso - una recente ed illuminata sentenza del Consiglio di Stato⁴⁹², riprendendo un orientamento già espresso dalla quella più risalente⁴⁹³ e, soprattutto, dalla dottrina⁴⁹⁴ più attenta – secondo la quale la lesività di un provvedimento amministrativo scaturisce necessariamente dall'illegittimità dello stesso «*perché se la lesione è inferta iure ricorre lo schema del sacrificio e non della lesione*» - ha statuito che «*al fine del decorso del termine per la impugnazione del provvedimento, non basta la mera notizia della sua esistenza e del suo dispositivo sfavorevole, ma occorre la piena conoscenza del suo contenuto, da cui deriva la possibilità di percepire che il provvedimento è non solo sfavorevole, ma anche*

⁴⁸⁹ DE PAOLIS, RINALDI, in *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli*, Siena, Certosa di Pontignano, 13-14 giugno 2008.

⁴⁹⁰ Sull'argomento M.A. SANDULLI, *Decadenza*, in *Enc. Giur. Trec.*, 1988.

⁴⁹¹ Sul punto A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., 242.

⁴⁹² Il riferimento è alla sentenza del Consiglio Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 522.

⁴⁹³ *Cfr. ex multis*, Cons. St., sez. VI, 14 febbraio 1956, n. 196 in *Cons. St.*, 1956, I, 116; Id., Sez. V, 15 aprile 1955, n. 626, *ivi*, 1955, I, 459.

⁴⁹⁴ CANNADA BARTOLI, *Decorrenza dei termini e possibilità di conoscenza dei vizi* (nota a Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 1961, n.3) in *Foro amm.*, 1961, 1085.

illegittimamente sfavorevole» perché «è del resto onere dell'amministrazione comunicare tempestivamente la motivazione dei propri provvedimenti ai destinatari», sicché, «si deve ritenere che laddove l'amministrazione comunichi l'esistenza del provvedimento sfavorevole, senza comunicarne la motivazione, il destinatario ha una mera facoltà, ma non un onere, di impugnare subito l'atto e poi articolare i motivi aggiunti, ma ben può attendere di conoscere la motivazione dell'atto per valutare se impugnarlo o meno».

E che questa sia la strada da percorrere, nell'ambito sia del diritto più propriamente amministrativo che, come si vedrà, anche in quello delle sanzioni amministrative, vi è testimonianza anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che in più occasioni ha ribadito il diritto dell'interessato ad avere conoscenza dei motivi fondanti il provvedimento evidenziando come la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso debba verificarsi dal momento in cui l'interessato abbia avuto conoscenza del contenuto della motivazione⁴⁹⁵.

Se, come detto, si mutuano le considerazioni esposte e le si applicano all'ambito delle sanzioni amministrative, ove ancora maggiore è l'esigenza di far coincidere la piena conoscenza dell'ordinanza-ingiunzione con la cognizione dell'impianto motivazionale che la sorregge, e ciò se non altro perché non si rinviene, nell'ambito dell'impianto processuale delineato dalla legge n. 689/1981, un meccanismo processuale simile a quello vigente nell'ambito del diritto processuale amministrativo denominato "motivi aggiunti successivi"⁴⁹⁶, è giocoforza ritenere che il *dies a quo* per la decorrenza del termine per proporre l'opposizione in giudizio avverso l'atto ingiuntivo debba individuarsi dal momento in cui il privato è posto in

⁴⁹⁵ Cfr. Corte giustizia CE, 15 ottobre 1987, n. 222, in *Dir. lav.*, 1988, II, 34.

⁴⁹⁶ Si tratta dello strumento che consente alla parte di estendere i motivi già presentati nel ricorso introduttivo del giudizio arricchendoli di nuove censure, non precedentemente sollevate perché non ancora conoscibili dal privato all'atto del deposito del ricorso in quanto relativo ad elementi esternati solo in un secondo momento dalla p.a. La giurisprudenza tradizionale, e tuttora prevalente del Consiglio di Stato ritiene, infatti, di poter sopperire al fatto che la decorrenza del termine di decadenza per l'impugnazione del provvedimento amministrativo è agganciato alla mera conoscenza del "dispositivo" dell'atto e non anche alla parte motiva in quanto ammette, in via appunto giurisprudenziale, attraverso l'istituto dei c.d. moti aggiunti successivi, di poter introdurre anche successivamente al deposito del ricorso introduttivo, le nuove censure, rispetto all'atto impugnato, che sia scaturite dalla cognizione della parte motiva, sia quest'ultima avvenuta in un momento successivo rispetto alla notifica del provvedimento che nel caso di c.d. integrazione della motivazione in giudizio. Con riferimento esclusivo a quest'ultimo profilo si rinvia alla recente pronuncia del Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1241.

condizione di conoscere le repliche dell'amministrazione alle questioni sollevate negli scritti difensivi ed in sede di audizione.

Solo in questo modo, infatti, può dirsi che il diritto di difesa del privato è stato ricondotto dalla dimensione meramente nominale del diritto processuale all'ambito del diritto sostanziale del procedimento.

Come si è cercato a più riprese di dimostrare, senza quest'ultimo anche il profilo processuale del diritto di difesa ne risente, risultando compromesso irrimediabilmente. Non può più ragionarsi, cioè, pensando che alle lacune procedurali è possibile porre rimedio attraverso le tutele processuali, o addirittura che le prime si giustificano, e sono necessarie per non appesantire l'apparato amministrativo, in quanto si rinvergono nell'ambito dell'ordinamento complessivamente inteso le garanzie giurisdizionali. Quest'ultime sono, non solo un complemento delle prime, ma sussidiarie alle stesse con la conseguenza che venendo meno le prime anche le seconde si svuotano.

BIBLIOGRAFIA

- AA.V.V. (a cura di) CARIGELLA, PROTTO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Roma, 2009
- AA.VV, *Principio di legalità ed amministrazione di risultato* (a cura di) IMMORBIDINO-POLICE, Torino, 2004
- AA.V.V. (a cura di) VANDELLI, *L'attività amministrativa: casi ed interpretazioni*, Rimini, 2009
- ANASTASIO, *Accesso agli atti ispettivi e dichiarazioni dei lavoratori*, in *Diritto & pratica del lavoro*, 2009, n. 10, 618.
- ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento e partecipazione nella L. n. 241/1990 (quarant'anni dopo la promulgazione di F. Benvenuti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 670.
- ANDREANI, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *DP AMM*, 1993, 1 ss.
- ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991
- ARENA, (a cura di) *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001, 29
- ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in *La trasparenza amministrativa* (a cura di) MEROLONI, Milano, 2008, 29
- ARIANO, *Il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale e la normativa generale di riferimento. Nota alla sentenza TAR Veneto, n. 3614 del 24 ottobre 2007*, in www.dplmodena.it.
- ARSÌ, *L'accesso ai documenti nelle recente giurisprudenza*, in *GDA*, 1996, 78
- BACCARINI, *Motivazione ed effettività della tutela*, in www.giustamm.it.
- BACCARINI, *Motivazione ed effettività della tutela*, in *FA-TAR*, 2001, 10, 3311 ss
- BACOSI, *Accesso e privacy prima e dopo la riforma delle l. 241/1990: emblematico caso INAIL*, in *DP AMM.*, 2007, 358
- BANTERLE-TRAVI, *Commento agli artt. 4, 5, 6 legge 7 agosto 1990 n.241*, in *NLC*, 1995, 20
- BARONE, *La partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, Milano, 1969.

- BARONE, *I modelli di partecipazione procedimentale*, in www.giustamm.it.
- BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano 2001
- BASSI, *Brevi note sull'eccesso di potere per difetto di motivazione*, in *Studi per Mario Nigro*, Milano, 1991, III
- BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1995
- BENEDETTI, *L'attuazione della L. 241/90 in materia di termini del procedimento, in La legge n.241/1990: fu vera gloria?Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore* (a cura di) ARENA-MARZUOLI-ROZO ACUNA, Napoli, 2001
- BENVENUTI, voce *Autotutela (dir.amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano
- BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994
- BERGONZONI, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990)*, in *Dir Amm.*, 2000, 2, 181.
- BERGONZINI, *Art. 21 octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *DA*, 2007, 2, 231
- BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975
- BERTANI, *Le novità introdotte dalla legge 15/2005 in tema di invalidità, annullamento d'ufficio e revoca*, in *Lezioni sul procedimento amministrativo* (a cura di) MERUSI, Pisa, 2009
- BERTONAZZI, *Note sulla consistenza del c.d. diritto di accesso e sul suo regime sostanziale e processuale: critica alle decisioni n. 6 e 7 del 2006 con cui l'Adunanza plenaria, pur senza dichiararlo apertamente e motivatamente, opta per la qualificazione della pretesa estensiva in termini di interesse legittimo pretensivo, in continuità con la decisione n. 16 del 1999*, in *DP AMM*, 2007, 165
- BOMBARDELLI, *Diritto di accesso e tutela della privacy, commento a TAR Abruzzo, sez. Pescara, 5 dicembre 1997, n. 681*, in *GDA*, 1998, 535
- BOTTINO, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di parte: considerazioni su una prima applicazione giurisdizionale del nuovo art. 10 bis, l. n. 241 del 1990*, in *FA.TAR*, 2005, 1554
- BOTTINO, *Commento all'art. 10 bis, l.n. 241/1990, in L'azione amministrativa* (a cura di) ITALIA, Milano, 2005, 394
- BRIGNOLA, *Gli interessi strumentali*, in *FA*, 1986, 223

BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *QC*, 2009, 277

BURLA-FRACCASTORO, *Il diritto di accesso ai documenti della pubblica amministrazione*, Roma, 2005

CALVIERI, *Commento all'art. 29 Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità* (a cura di) BARTOLINI-FANTINI-FERRARI, Roma, 2010, 757 e ss.

CANNADA BARTOLI, *Decorrenza dei termini e possibilità di conoscenza dei vizi* (nota a Cons. St., sez. VI, 11 gennaio 1961, n.3) in *Foro amm.*, 1961, 1085.

CANNADA BARTOLI, *Interesse (Diritto Amministrativo)*, in *EdD*, XXII, Milano, 1972

CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative*, in AA.VV., *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979.

CARANTA, FERARRIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005.

CARANTA, VECCI, *Inerzia, silenzio, ritardo: quale responsabilità per la pubblica amministrazione*, in *RCP*, 2006, 1397

CARDI, voce "Procedimento amministrativo", in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991.

CARDONE, *Il procedimento amministrativo e i diritti di partecipazione*, in *Associazione "Gruppo di Pisa", Convegno annuale, Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*.

CARINGELLA, *Ancora una riforma del procedimento amministrativo*, in *Il nuovo procedimento amministrativo. Commento organico alla legge 18 giugno 2009, n. 69, di modifica della legge n. 241/1990* (a cura di) CARINGELLA, PROTTO M., 2009

CARINGELLA, SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo*, Napoli

CARINGELLA, GAROFOLI, SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007

CARLONI, *Gli strumenti di trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, in *La trasparenza amministrativa* (a cura di) MERLONI, Milano, 2008

CARPENTIERI, *La legittimazione all'accesso: una questione non ancora chiarita*, in *FA*, 1995, 1359

CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991.

CAVALLARO, *Brevi considerazioni sul danno da ritardo della pubblica amministrazione*, in *FA-TAR*, 2005, 489

CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009

CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. Giur. Serafini*, 1970, 93.

CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, vol. I, tomo I, Milano, 2003, 238.

CASSESE, *Il diritto amministrativo comunitario*, in AA. VV., *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994.

CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, 376.

CASSESE, *Passato, presente e futuro della legge sul procedimento amministrativo*, in *NR*, 2000, 20

CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *RTDP*, 2007, 16

CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995

CASTIELLO, *Il principio del giusto procedimento. Dalla sentenza n. 13 del 1962 alla sentenza n. 104 del 2007 della Corte Costituzionale*, in *Foro amm.-CDS*, 1, 269, 2008.

CASTIELLO, *Il nuovo modello di amministrazione nella legge n. 241/1990 e nella riforma Bassanini*, Rimini, 2002

CAVALLAI, *Commentario all'art. 13 l. 24 novembre 1981, n. 689*, in *Legisl. Pen.*, 1982, 238.

CENNICOLA, *Il diritto di accesso dopo la legge n. 15/2005*, in www.altalex.com

CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 58.

CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997

CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2008

CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2010

CERULLI IRELLI, *Considerazioni in tema di sanatoria di vizi formali*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* (a cura di) PARISIO, Milano, 2004

CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *D PUBBL*, 2004, 1, 187

CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica l.n. 241/1990*, II, in www.giustamm.it

CERULLI IRELLI, *Principi del diritto amministrativo*, Torino, 2005

CERULLI IRELLI, *Sui principi dell'azione amministrativa e la disciplina del procedimento*, in *Il procedimento amministrativo* (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 2007

CHIEPPA RO., *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *RIDPC*, 2009, 6, 319 ss

CHIEPPA RO., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *DP AMM*, 2003, 683

CHIEPPA RO., LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 624

CHITI, FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

CHIRILLE, IACONO QUARANTINO, *Il diritto di accesso: questioni processuali*, Milano, 2008

CIAMMOLA, *La legittimazione ad accedere ai documenti amministrativi (prima e dopo la l. 11 febbraio 2005 n.15)*, in *FA-TAR*, 2007, 1181

CIMINI, *Accesso ai documenti amministrativi e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in *GC*, 2005, 407

CIMINI, *Diritto di accesso e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Tutela dei dati personali e strutture normative*, a cura di CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO, Torino, 2005.

CIMINI, *Semplificazione amministrativa e termine procedimentale*, in *NG REG*, 1997, 143

CIMELLARO, *La motivazione del provvedimento amministrativo. Una rassegna della dottrina e della giurisprudenza di ieri ed oggi*, in *DA*, 1995, 3, 441

CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n.80*, in *DA*, 2006, 99

CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 453.

- CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *D. AMM.*, 2004, 59
- CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995
- CLARICH, FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *UA*, 2006, 62
- COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *RTDP*, 2009, 3, 707
- CONTESSA, *L'art. 21 octies fra tutela delle garanzie procedurali e rischi di partecipazione inutile*, in *UA*, 2009, 1111
- CORLETTI, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *DP AMM*, 2006, 1, 33
- CORLETTI, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Padova, 2007, II
- COLLA, MANZO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001
- CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *EdD*, XXVII, Milano, 2001
- CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008
- CORSO, TERESI, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Rimini, 1991
- CORSO, *Il responsabile del procedimento*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione* (a cura di) TRIMARCHI, Milano, 1990, 59
- CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. Cost.*, 1962, 130.
- CROSETTI, FRACCHIA (a cura di) *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, Milano, 2002
- D'ALBERTI, *La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, 5.
- D'ANCONA S., *Il termine di conclusione del procedimento amministrativo nell'ordinamento italiano. Riflessioni alla luce delle novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009 n. 69.*, in *www.giustamm.it*, 2009
- DEL TORTO, *Accesso agli atti e motivazione del verbale ispettivo*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, n. 22, 2010, 15, in *www.dplmodena.it*.

DE PAOLIS, RINALDI, in *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada Bartoli*, Siena, Certosa di Pontignano, 13-14 giugno 2008

DI MARIO, *Accesso a fini difensivi e tutela dei dati personali non sensibili: superato in anticipo l'accesso parziale*, nota a Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2233, in *UA*, 2006, 8, 947.

DI NITTO, *La tutela del tempo nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni*, in *GDA*, 2009, 1151

DI NITTO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *RTDP*, 1999, 731

DI NITTO, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Giornale Dir. amm.*, 2005, 5, 469.

D'ORO, *Il danno da ritardo alla luce delle nuove tendenze legislative e giurisprudenziali*, in *R. AMM*, 2009, 335

D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004

ESPOSITO C., *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini in La Costituzione italiana*, Padova, 1954.

ESPOSITO G., *L'accesso agli atti dell'ispezione in materia di lavoro tra diritto di difesa del datore ed interessi del lavoratore*, in www.lavoroprevenienza.com, 2007.

FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *DP AMM*, 2009, 241

FALCON, *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Padova, 2008

FANTI, *La "nuova" comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *UA*, 2005, 11,1152.

FERA, *Il principio del giusto procedimento alla luce della legge 15 del 2005*, in www.giustamm.it, 2005

FERRARA L., *Motivazione ed impugnabilità degli atti amministrativi*, in *FA-TAR*, 2008, 4, 1193

FERRARA L., *La partecipazione tra illegittimità e illegalità. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *DA*, 2008, 1, 103

FERRARA R., *Il procedimento amministrativo visto dal terzo*, in *DP AMM*, 2003, 1025

FERRARI GE, *Commento all'art. 10 bis l.n. 241/1990*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità* (a cura di) BARTOLINI-FANTINI-FERRARI, Roma, 2010, 275

FERRUCCI, *Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla l. 241/1990*, in *www.giustamm.it*.

FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996

FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *DP AMM.*, 1994, 257

FIGORILLI, FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento*, in *UA*, 2009, 216 e ss

FIGORILLI, GIUSTI, *Commento all'art. 2*, in *La Pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n.241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005* (a cura di) PAOLANTONIO, POLICE, ZITO, Torino, 2005, 127

FIGORILLI, RENNA, *Commento all'art.2*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità* (a cura di) BARTOLINI, FANTINI, FERRARI, Roma, 2010, 105

FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *D. AMM*, 1996, 11

FRACCHIA, OCCHIENA, *Annulabilità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione* (a cura di) PAOLANTONIO-POLICE-ZITO, Torino, 2005

FRANCHINI, *La Commissione della Comunità europea e le amministrazioni nazionali: dall'ausiliarità alla coamministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 1993, 669.

FRANCO I., *Il nuovo procedimento amministrativo commentato: l'attività della p.a. nell'ordinamento amministrativo innovato dalla legge 241/1990 e dalle leggi di riforma successive*, Padova, 2001

GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

GALETTA, *L'art. 21 octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione ed al diritto comunitario*, in *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo* (a cura di) SANDULLI M.A., Milano, 2006

- GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003
- GALETTA, *Giudice amministrativo e vizi formali*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* (a cura di) PARISIO, Milano, 2004
- GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in *La partecipazione al procedimento amministrativo* (a cura di) ALIBERTI-AZZARITI-CANAVESIO-QUAGLIA, Torino, 1992
- GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992.
- GAMBINO, *Il diritto di accesso. La nuova disciplina legislativa (l. n. 15 del 2005) alla luce della revisione costituzionale del titolo V*, in www.federalismi.it
- GAROFOLI, RACCA, DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003
- GARDINI, *La comunicazione degli atti amministrativi, uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, Milano, 1997, 66
- GASPARINI PAINESI, *Il responsabile del procedimento e la responsabilità amministrativa*, in *L'attuazione della legge 241/1990. Risultati e prospettive* (a cura di) SCIULLO, 1997
- GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971
- GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 155.
- GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss., e 1964, 12 ss. e 217 ss.
- GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *EdD*, XXVII, Milano, 1977
- GIGLIONI, LARICCIA, voce *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *EdD, Agg.*, IV, Milano, 2000, 943
- GIOVAGNOLI, FRATINI, *Il diritto di accesso: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2008
- GIOVAGNOLI, FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009
- GIULIANI, *La prescrizione della pena pecuniaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1965, II, 82.
- GOGGIAMANI, *La doverosità amministrativa*, Torino, 2005
- GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2 l.n. 241 del 1990: conseguenza sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar*, in *DP AMM*, 2004, 571

- GRECO, *L'articolo 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *DP AMM*, 2002, 1 ss
- GUANTARIO, *Dequotazione della motivazione e provvedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it
- IANNOTTA R., *La motivazione come modo di attuazione del principio di imparzialità amministrativa*, in *Scritti Mortati*, Milano, 1977, II
- ITALIA, DELLA TORRE, PERULLI, ZUCCHETTI, *Privacy e accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 1999
- LAINO, *L'accesso ai documenti amministrativi tra apertura giurisprudenziali e novità legislative*, in www.lexitalia.it, 2005, n.2
- LAPERUTA, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso agli atti: commento alla L. 7 agosto 1990, n. 241 come modificata dalla L. 18 giugno 2009, n. 69*, Rimini, 2009
- LASALVIA, *L'accesso agli atti delle pubbliche amministrazioni: con le ultime novità delle leggi 11 febbraio 2005 n. 15, 14 maggio 2005, n. 80 e del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195*, Roma, in *EPC*, 2006
- LEACI, *La prescrizione dell'illecito amministrativo*, in *Massimario Giurisprudenza Lavoro* n° 3/94.
- LEDDA, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 396.
- LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 197.
- LIBERATI, *Il procedimento amministrativo*, Padova, 2008, 164.
- LIGNANI, *Silenzio (diritto amministrativo)*, in *EdD-Agg.*, III, Milano, 1999, 978 ss
- LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *DA*, 2003, 291 ss
- LIPARI, *Il responsabile del procedimento dopo la legge 15/2005*, in neldiritto.it, n. 10
- LOMBARDI R., *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008
- MADDALENA, *Il danno da ritardo tra bene della vita finale e mero interesse al rispetto dei tempi del procedimento*, in www.federalismo.it, 2008
- MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in www.giustamm.it.

- MARIANI, *Il diritto di accesso dopo la riforma dell'azione amministrativa*, Torino, 2005
- MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e potere dell'amministrazione*, in *G. CIV*, 2003, 1, 338
- MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *DP AMM.*, 2008, 961
- MARIUZZO, *Commento all'art. 7, l. 241/90, in Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Rimini, 2008
- MARZUOLI, *La riforma del diritto di accesso. Nuovi limiti e nuove garanzie, atti della Conferenza Permanente del 25 febbraio 2005*, in www.consiglio.regione.toscana.it
- MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da) S.CASSESE, parte generale, I, Milano, 2003
- MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *GDA*, 2007, 6
- MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da) S.CASSESE, parte generale, I, Milano, 2003
- MAZZAMUTO, *La tutela del segreto ed i controinteressati al diritto di accesso*, in *DP AMM*, 1995, 96
- MAZZAMUTO, *Sul diritto di accesso nella legge 241 del 1990*, in *FA*, 1992, 1571
- MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali*, Padova, 1998
- MELE, *Preavviso di diniego e garanzie partecipative*, Nota a TAR Puglia, Lecce, sez. I, 8 giugno 2006, n. 3336, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 12, 3983.
- MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *DA*, 2002, 527
- MICARI, *Il preavviso di rigetto provvedimento, la «partecipazione nella partecipazione» e l'art. 21 octies della l. n. 241 del 1990 al vaglio della giurisprudenziale*, in *GM*, 2006, 6, 1542.
- MICARI, *Provvedimento amministrativo negativo tardivo: l'adunanza plenaria sul danno da ritardo «mero» infittisce la «rete di contenimento»*, in *GC*, 2006, 1329
- MICARI, *Considerazioni sulla legittimità costituzionale del disposto di cui all'art. 21 octies l. n. 15 del 2005: tra logica di risultato e logica di legalità*, in *GC*, 2006, 4-5.
- MONTEDORO, *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in www.giustamm.it, 2006

MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, I, 1992.

MORBIBELLI, *Il tempo del procedimento, in la disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema* (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 251

MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo, in Diritto Amministrativo* (a cura di) MAZZAROLLI-PERICU-ROMANO-ROVERSI MONACO-SCOCA, IV ed., Firenze, 2005, 1333

MORBIDELLI, *Invalità ed irregolarità, in Annuario dell'Associazione italiana degli studiosi del processo amministrativo*, 2002, Milano, 2003

NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol XI, Milano, 1962.

NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1435

OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 347

OCCHIENA, *Diritto di accesso, atti di diritto privato e tutela della riservatezza dopo la legge sulla privacy*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 408.

OCCHIENA, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione ed il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *FA-TAR*, 2002, 2, 255

OCCHIENA, *I diritti di accesso dopo il codice della privacy*, in *FI*, 2004, III, 510

OCCHIENA, *Diritto di accesso, sua natura camaleontica e adunanza plenaria 6/06*, in *FI*, 2006, III, 378

PAIRE, *Alcuni rilievi giurisprudenziali intorno al diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 4, 1343.

PALIERO, TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, vol. XLI, Milano, 1988.

PALIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, 158.

PAPA, *Le ispezioni del lavoro in azienda*, Milano, 2006.

PAPA, *Il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale dopo il correttivo al TU*, in www.adapt.it.

PAPA, *Sospensione dell'attività imprenditoriale: nuove indicazioni dal Ministero*, in *Guida al lavoro*, 2007, 46, 12.

- PAPA, *Il potere di sospensione dell'attività imprenditoriale dopo il correttivo al TU*, in *www.adapt.it*.
- PARISI, *Accesso agli atti dell'ispezione e tutela dei lavoratori*, in *Guida al lavoro*, 2006, 25, 30.
- PARISIO, *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004
- PARISIO, *Motivazione postuma, qualità dell'azione amministrativa e vizi formali*, in *FA-TAR*, 2006, 12, 3087
- PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in *www.federalismi.it*, 2009, 2
- POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali. Il procedimento amministrativo* (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 2007, 135
- POLICE, *Lillegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali*, in *D AMM*, 2003, 4, 735
- POLICE, *La predeterminazione delle scelte amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997
- QUINTO, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*, in *www.giustamm.it*, 2009
- RASTELLO, *La prescrizione della pena pecuniaria per violazioni tributarie e valutarie*, in *I tributi degli affari*, 1965, n. 4 e 5
- RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *DA*, 1994, 15
- RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n.241*, in *DA*, 2000, 505
- RAUSEI, *Accesso agli atti ispettivi*, in *Diritto & pratica del lavoro*, 2008, 22, 1275.
- RODRIQUEZ, *Il contenuto della partecipazione*, in *La partecipazione al procedimento amministrativo* (a cura di) CARANTA-FERRARIS-RODRIQUEZ, Milano, 2005, 353
- ROHERSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, *Atti del XXXII Convegno di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna, 18-20 settembre 1986.
- ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Atti del XXXX convegno di Varenna*, Milano, 1987, 155.
- ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento*, in *D. AMM*, 2004, 209

ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987

ROMANO TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione dell'atto amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, 1994

ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *DDP*, XIII, app., Torino, 1997

ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *Il procedimento amministrativo*, (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 2000

RUSSO, *La nuova disciplina dei termini e della responsabilità per danno da ritardo*, in *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo* (a cura di) GAROFOLI, Roma, 2009

SALA, *Procedimento e processo sulla nuova l. n. 241*, in *DP AMM.*, 2006, 573

SALA, *Imparzialità dell'Amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, 433.

SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, vol. I, Milano, 1985.

A. SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 329.

A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, II, 1167.

A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli 1963

A. M. SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione*, in *RD PROC*, 1977, 169

M.A. SANDULLI (a cura di) *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, 2000

M.A. SANDULLI., *La comunicazione di avvio nei procedimenti di tutela del patrimonio storico-artistico*, in *GDA*, 2000, 587

M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie ed ai documenti amministrativi*, in *EdD, Agg.*, IV, 2000

M.A. SANDULLI, *Responsabile del procedimento*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso* (a cura di) ITALIA-BASSANI, Milano, 1991

M.A. SANDULLI, *Fonti e principi della giustizia amministrativa, Relazione al Convegno su La Codificazione del processo amministrativo nel terzo millennio*, Roma, 20 maggio 2008, Palazzo Spada

M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie, Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983.

M. A. SANDULLI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988.

M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Napoli, 1981.

M.A. SANDULLI, *Decadenza*, in *Enc. Giur. Trec.*, 1988.

M.A. SANDULLI., *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo:introduzione al tema*, in *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo* (a cura di) SANDULLI M.A., Milano, 2006, 5

M.A. SANDULLI-MUSSELLI, *Articoli 4, 5, e 6 in L'azione amministrativa. Commento alla l. 7 agosto 1990, modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e da d. l. 14 marzo 2005 n. 35* (a cura) ITALIA, Milano, 2005

SANNA TICCA, *Ruolo del responsabile del procedimento e comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza: spunti di riflessione*, in www.giustamm.it, 2006

SANTORO, *Il Tar Veneto si pronuncia sul provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale*, in *Guida al lavoro*, 2007, 50, 17.

SANTORO, *Accesso ai verbali ispettivi: inammissibile in materia penale*, in *Guida al lavoro*, 2007, 3, 39.

SANTORO, *Denuncia del lavoratore e obblighi della Dpl*, in www.uilbasilicata.it/Denuncia_lavoratore_obblighi_DPL.pdf.

SANTORO, *Sanzioni: gli scritti difensivi non vanno sempre considerati*, in *Guida al lavoro*, 35, 209, 22.

SANTORO, *L'obbligo di motivazione nell'ordinanza-ingiunzione*, in www.adapt.it.

SATTA, *Impugnativa del silenzio e motivi di merito*, in *FA-CdS*, 2002, 46

SCARCELLI, *Prime considerazioni sull'art. 5 della legge n.123/07*, in www.dplmodena.it.

SCHINAIA, *Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo*, in *Foro Amm.*, 1987, I.

SCIULLO, *Il principio del giusto procedimento tra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986. 291.

F.G. COCA, *Il silenzio della Pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *DP AMM*, 2002, 239

F.G. COCA, *Rilievi critici sul trattamento processuale del silenzio*, in *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela* (a cura di) ASTONE, FALZEA, MORELLI, SAITTA, VENTURA, Soveria Mannelli, 2009, 249

F.G. COCA., *Attività amministrativa*, in *EdG-Agg*, VI, Milano, 2002, 75

F.G. COCA, F.G., *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* (a cura di) PARISIO, Milano, 2004

S.S. COCA , *Il ritardo nell'adozione del provvedimento e il danno conseguente*, in *www.giustamm.it*, 2005

S.S. COCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2005

S.S. COCA, *I difficili rapporti tra l'art. 2-bis legge 241/90 e l'art. 21-bis legge TAR.*, in *www.giustamm.it*, 2009

SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 39.

G. SORICELLI, *La codificazione della disciplina speciale della responsabilità della P.A. per danno da ritardo?*, in *www.giustamm.it*, 2009

SORRENTINO, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21 octies della legge n. 241/1990*, in *www.giustamm.it*, 2007

SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione all'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *D. AMM.*, 2002, 283

SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003

TARULLO, *Il responsabile del procedimento tra amministrazione solidale e collaborazione procedimentale*, in *www.giustamm.it*

TARULLO, *L'art. 10 bis della legge 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *www.giustamm.it*

TATTI, *La nuova partecipazione al procedimento amministrativo*, Napoli, 2009

TEDESCHINI, voce "Procedimento amministrativo", in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 872.

TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa. Commento alla legge n. 241/1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, Padova, 2005

TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *D. PUB.*, XIV, Torino, 1999, 156

TONOLETTI, *Commento all'art. 2, in Commentario alla legge 21 luglio 2000, n. 205, Le nuove leggi civili commentate* (a cura di) TRAVI, Padova, 2001

TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000

TOSCHEI, *Obiettivo tempestività e certezza dell'azione*, in *GD*, 2009, 27, 49

TOSCHEI, *Ristoro per danno da ritardo se l'attività è «vincolata»*, in *GD*, 2009, 27, 43

TRAVI, *Commento all'art. 2, in Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241, Le nuove leggi civili commentate* (a cura di) TRAVI, Padova, 1995

TRAVI, *I verbali amministrativi come mezzo di prova nei giudizi civili o di opposizione a sanzione pecuniaria*, in *Foro it.*, 1993, I.

TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983.

TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, 345.

TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988.

TRAVI, nota a *Corte Cost. 17 giugno 1996, n. 198*, in *Foro.it*, 1996, 2289.

TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *DP AMM*, 2000, 635

TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009

TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità ed annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *DP AMM*, 2003, 2, 409

VACCA, *Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ex art. 10 bis, L. 7 agosto 1990, n. 241, e modalità di esercizio del potere amministrativo: prima ricostruzione di un complesso fenomeno di alterazioni procedurali*, in *Foro Amm.-TAR*, 2006, 5, 1824.

VACCA, *Ontologia della situazione giuridica soggettiva sottesa all'azione di risarcimento del danno conseguente all'inadempimento da parte della Pubblica Amministrazione dell'obbligo di esercitare il potere amministrativo (alla luce della legge 18 giugno 2009 n. 69)*, in www.lexitalia.it, 2009

VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento*, in *Scritti in onore L. Mazzaroli*, Padova, 2007, I, 447

VERZARO, *In tema di comunicazione del procedimento amministrativo; l'art. 7 e la normativa previgente*, in *GI*, 1997

VIDETTA, *Note a margine del nuovo art. 10 bis della l. n. 241 del 1990*, in *FA-TAR*, 2006, 837

VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo e legittimazione processuale*, in *DP AMM*, 1992, 171

VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1997

VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, 1998

ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958

ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924

ZERMAN P.M., *Il risarcimento del danno da ritardo: l'art. 2 bis della legge 241/1990 introdotto dalla legge 69/2009*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2009

ZITO, *Considerazioni sui profili funzionali del procedimento alla luce della legge n. 241 del 1990*, in www.giustamm.it.

ZITO, *L'integrazione della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *DP AMM*, 1994, 3, 580.

ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996

ZITO, *Brevi riflessioni sul ruolo del responsabile del procedimento nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15*, in www.giustamm.it

ZUBALLI,SAVOIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1999.

ZUCCHETTI, *Commento all'art. 10*, in AA.VV.(coordinato da V. Italia), *Testo unico degli enti locali*, Milano, 2000