

Ar2

Gennaro Dezio
Antonia Foglia
Cristiana Iannitti
Andrea Napolitano

Il procedimento sanzionatorio dell'ANAC





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2223-8

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2019

Indice

- 7 *Introduzione*
- 11 **Capitolo I**
La Giustizia procedurale
di Gennaro Dezio
- 1.1. La nozione di giustizia procedurale, 11 – 1.2. Teorie sulla giusta procedura, 13 – 1.3. Il procedimento: funzione euristica e strumentale, 17 – 1.4. Teoria della partecipazione al procedimento, 22.
- 25 **Capitolo II**
L'attività della pubblica amministrazione: principi e attuazione
di Antonia Foglia
- 2.1. I principi generali dell'attività amministrativa, 25 – 2.2. La legge 241/90 e la regolazione del procedimento amministrativo, 31 – 2.2.1. *L'attività di controllo dei provvedimenti*, 44 – 2.2.2. *I principi del procedimento amministrativo. Un'analisi giurisprudenziale. Cenni*, 47 – 2.3. Il rapporto tra la disciplina sul procedimento e la potestà legislativa regionale, 53.
- 59 **Capitolo III**
Il principio del giusto procedimento
di Andrea Napolitano
- 3.1. La giustizia del procedimento amministrativo nella sua accezione costituzionale, 59 – 3.2. Il ruolo dell'ordinamento dell'Unione nella costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento, 62 – 3.3. Il principio del giusto procedimento nella giurisprudenza, 67 – 3.4. La natura del principio nella dottrina, 73 – 3.5. Il Principio del giusto procedimento in una panoramica sovranazionale, 77 – 3.5.1. *Nel Regno Unito*, 77 – 3.5.2. *Negli USA*, 80 – 3.5.3. *In Europa continentale*, 82 – 3.6. La processualizzazione del procedimento amministrativo, 86.
- 95 **Capitolo IV**
Il procedimento amministrativo sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti, con particolare riferimento a quello dell'ANAC in materia di contratti pubblici
di Cristiana Iannitti
- 4.1. Premessa, 95 – 4.2. Brevi cenni di carattere generale sul procedimento

amministrativo sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti , 101
– 4.3. Il procedimento amministrativo sanzionatorio dell'ANAC in materia di
contratti pubblici, 114.

127 **Capitolo V**

*La tutela giurisdizionale nei confronti
dei provvedimenti sanzionatori
delle autorità amministrative indipendenti*
di **Cristiana Iannitti**

5.1. Premessa, 127 – 5.2. Tecniche di tutela giudiziale e potere sanzionatorio
delle autorità amministrative indipendenti: il sindacato sulla discrezionalità tec-
nica (brevi cenni di teoria generale), 133 – 5.3. La giurisprudenza nazionale,
amministrativa e civile, sulle sanzioni delle Autorità amministrative indipenden-
ti, 140 – 5.4. La giurisprudenza della Corte EDU sulle sanzioni delle Autorità
amministrative indipendenti, 150 – 5.5. Conclusioni, 157.

161 *Bibliografia*

Introduzione

Il tema affrontato ed a lungo dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza riguarda il “giusto procedimento”, nella sua accezioni di principio, prendendone, quindi, in considerazione il suo contenuto tecnico e la sua natura giuridica.

Si è, dunque, voluto rileggere, in maniera trasversale, il principio del giusto procedimento, evidenziando come esso, nel tempo, si sia arricchito di contenuti divenendo, oggi, un presupposto che dia garanzia di democrazia amministrativa, volto ad avvicinare, tra l’altro, il cittadino all’amministrazione.

Per farlo è stato necessario, dapprima, descrivere il procedimento amministrativo, le modalità attraverso cui esso viene determinato, i suoi possibili contenuti ed i diritti dei cittadini coinvolti.

Il lavoro che segue è stato, quindi, strutturato cercando di fornire, al lettore, un’analisi esaustiva, mirata ad individuare gli aspetti salienti dell’argomento e provvedendo a tratteggiare una trama conduttrice che, trasversalmente, attraesse a sé sia i punti di vista dottrinali che quelli giurisprudenziali e, infine, quelli squisitamente tecnici.

Si vedrà, infatti che sebbene molte scienze si siano interessate all’analisi del procedimento, comprese quelle sociologiche ed ingegneristiche, le teorie che maggiormente possono essere d’ausilio all’analisi del giurista risultano, senza dubbio, quelle di ispirazione politico-sociologica.

Il primo capitolo intende affrontare l’aspetto teorico della questione, analizzando il significato del termine “procedimento”, che ha una valenza non limitata alla prospettiva giuridica.

Si rileverà, dunque, che un procedimento è giusto se rispetta alcuni canoni nella sua formazione: la partecipazione e, dunque, il contraddittorio, l’affidamento generato, la ragionevolezza, l’imparzialità, la trasparenza, in definitiva la democrazia nel procedimento.

In tale quadro è emersa la rilevanza della chiarezza degli obiettivi che il procedimento intende raggiungere, per poterne considerare la giustezza.

Il secondo capitolo, invece, riguarda l’attività Pubblica Amministrazione, la legge che disciplina il procedimento ed i principi sottintesi.

Tra i diversi principi ispiratori, il capitolo si sofferma su quello che richiede che vi sia partecipazione da parte del cittadino al procedimento amministrativo.

Un aspetto ritenuto particolarmente rilevante è stato il parallelismo tra giusto processo e giusto procedimento, riconoscendo nei principi una ispirazione comune.

Il principio del contraddittorio, che è alla base del processo, e che esplica la funzione di consentire il diritto di difesa, permea anche quello del giusto procedimento sostenendo la necessità di consentire la partecipazione del cittadino al procedimento.

A ciò si aggiungano i principi dell'imparzialità, della trasparenza e della ragionevolezza che reggono le fasi del processo e che sollevano molti dubbi circa il corretto impiego di alcune previsioni legislative quali le garanzie di tutela date alla Pubblica Amministrazione da alcune norme, quali l'art. 21 octies della legge 241/90.

Dopodiché è stato necessario descrivere il contenuto del principio nella Costituzione, basandosi su una ricostruzione interpretativa che non è sempre stata condivisa.

Parte della dottrina (Sandulli, Virga), ma anche la giurisprudenza amministrativa e la stessa Corte Costituzionale avevano ritenuto, in passato, che il principio in questione non avesse rilevanza costituzionale, costituendo, unicamente, un principio generale dell'ordinamento.

Avendogli attribuito tale natura, il giusto procedimento era considerato un principio che vincolava esclusivamente il legislatore regionale e non anche per quello statale.

Alcune tesi, opposte, ritenevano che il principio avesse un rango costituzionale (desumibile dagli art. 3, 21, 24 e 97) e pertanto vincolante anche per il legislatore statale e quindi utilizzabile come parametro per dichiarare l'incostituzionalità di norme con esso confliggenti.

La sentenza 143 del 1989 si rivela fondamentale per la definizione del confine entro cui potere fare rientrare il principio.

La sentenza non preclude alla legge ordinaria, né a quella regionale, la possibilità di attrarre nella propria sfera oggetti o materie normalmente affidati alle autorità amministrative, non sussistendo un divieto di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto, ossia le leggi provvedimento.

Al principio non venne data, dunque, una collocazione a livello Costituzionale.

Con la sentenza 104/2006, invece, si arriva a superare l'ostilità precedente, il principio del giusto procedimento non viene più considerato quale mero "orientamento" per il Legislatore e per l'interprete, non assistito da garanzia costituzionale. Esso si rivela, al contrario, intriso di presupposti statuiti nella Carta Costituzionale.

Oltre a dargli una dignità costituzionale, la sentenza assegna al principio anche il contenuto di pubblicità, considerando quest'ultima un presupposto del principio.

Il lavoro prosegue con l'analisi del principio del giusto procedimento anche in una prospettiva eurounitaria, con una particolare attenzione alle più significative esperienze nazionali dei vari ordinamenti tanto in Europa, quanto oltreoceano. Si concluderà l'analisi con una significativa digressione sul procedimento sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti e, in particolare, di ANAC, cercando di coglierne gli aspetti innovativi e problematici, anche in punto di tutela giurisdizionale, offrendo, altresì, un quadro di riferimento delle similitudini tra il procedimento ed il processo, sintetizzando le interpretazioni normative che delineano i principi insiti nella giurisdizione ed accostandoli a quelli procedurali.

La Giustizia procedurale

di GENNARO DEZIO

1.1. La nozione di giustizia procedurale

Con il termine di “giustizia procedurale” si intende la corretta applicazione di una procedura, intesa sia come idoneità al raggiungimento del risultato perseguito sia rispetto alla sua correttezza applicativa. Essa non va confusa o identificata con la “giustizia sostanziale” che attiene alla giustizia materiale del risultato in sé, rilevando, in tal caso, infatti, non le modalità in cui tale risultato risulta essere stato raggiunto bensì il solo risultato¹.

Le procedure, in generale, si caratterizzano per la capacità di permettere, anche in una situazione che evidenzia un aspro conflitto tra fini perseguiti, il mantenimento della comunicazione fra le parti su un binario che risulta costruito sulle regole disegnate dalla procedura stessa².

Nella loro accezione definitoria, esse, quindi, regolano il conflitto fra interessi e pretese, svolgono una funzione di legittimazione collocandosi in una posizione neutrale rispetto alle concezioni sostanziali divergenti. Per il loro corretto ed adeguato funzionamento è imprescindibile che vi sia la loro condivisione ed accettazione e che le procedure siano ritenute “giuste” o “corrette” da chi le condivide. Inoltre, altrettanto necessario è che le stesse siano, altresì, strutturate secondo un modello preordinato e non spontaneo³. In ambito dottrinario, si è anche sostenuto che caratteristica delle procedure è che esse siano da ritenersi necessarie solo laddove sono chiamate a definire la distribuzione di un qualche tipo di risorsa⁴.

Tale limite, tuttavia, non è condiviso dall’orientamento maggioritario poiché non sempre le procedure si dimostrano reattive rispetto ad un con-

1. T. TSCHENTSCHER, *The Function of Procedural Justice in Theories of Justice*, in *Procedural justice*, a cura di F. Rohl e S. Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth 1997.

2. S. MACHURA, *Introduction: Procedural Justice, Law and Policy*, in *Law & Policy*, 1988.

3. PINTORE V., *Problemi di etica procedurale*, articolo tratto dal sito: http://www.cirfid.unibo.it/murst4097/4097/SezioneII/ParteII/2.1/Pintore2_new.do.

4. In tal senso si esprimono gli scritti di S. Machura.

flitto, operando, talvolta, in maniera attiva, quando risultano orientate a determinare nel futuro qualche assetto⁵.

Un ulteriore elemento della loro identificazione sembra consistere nella necessità che, attraverso esse, si pervenga sempre ad una decisione. Accettando tale precisazione, però, si giungerebbe ad escludere da tale ambito le procedure tecniche, le operazioni simboliche (quali le procedure meramente rituali, o religiose), le discussioni⁶.

La mancata inclusione nel novero delle procedure dei processi che non sono finalizzati all'adozione di alcuna decisione è, però, criticato da parte di alcuni studiosi che considerano tale limite produttivo di restrizioni forzate allo studio dei fenomeni di giustizia procedurale⁷.

Al contrario, la loro inclusione nel novero delle "procedure" evidenzia come, nel campo di alcune scienze come la psicologia, la concezione della giustizia procedurale abbia una maggiore estensione, includendo fattori quali il rispetto, la dignità, l'educazione, irrilevanti in altri contesti che non pongono attenzione ai risvolti degli atteggiamenti comportamentali tenuti.

Per quanto riguarda le investigazioni e le inchieste non è pacifico se esse possano essere considerate, o meno, procedure, dovendosi, forse, concludere in senso affermativo per quei casi in cui un'indagine sia regolata in modo formale, come avviene, ad esempio, in ambito giudiziario e nelle commissioni parlamentari di inchiesta⁸.

Sebbene le teorie formulate da studiosi che si occupano di definire i contenuti che rendono una procedura più o meno giusta abbiano cercato di chiarificare il quadro, l'exkursus esposto rende evidente che la definizione del concetto di procedura si dimostra piuttosto insidiosa, risultando, di volta in volta, legata a valutazioni contestuali all'ambito applicativo.

Alla luce di quanto appena descritto, il concetto di procedimento "giusto" può bene essere calato nel contesto giuridico, in particolare nel diritto amministrativo: infatti, si considera tale quello che, nel suo naturale delinearci si presta a garantire la tutela dei diritti e degli interessi che persegue (così come d'altronde è richiesto dall'art. 24 cost.)⁹. Un procedimento amministrativo¹⁰, dunque, è corretto e giusto solo se risulta adeguato allo scopo a

5. In questo gruppo di procedure attive, vengono incluse, per esempio, le procedure di legislazione nelle assemblee parlamentari.

6. F. ROHL, *Procedural Justice: Introduction and Overview*, 2002.

7. S. MACHURA, *Introduction: Procedural Justice, Law and Policy*, op. cit.

8. PINTORE V., *Problemi di etica procedurale*, op. cit.

9. A. ZITO, *Il principio del giusto procedimento*, in A.A.V.V., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano 2012.

10. Benvenuti, chiedendosi cosa fosse il procedimento, pervenne ad una teoria funzionale del procedimento amministrativo, inteso appunto quale forma della funzione amministrativa (sviluppando il parallelismo con il procedimento legislativo e con quello giurisdizionale).

cui è destinato e se tale adeguatezza sia anche accompagnata dalla concreta valutazione di ogni diritto coinvolto. Il giusto procedimento nel diritto amministrativo richiede sia una sua efficacia funzionalistica, sia un'accurata attenzione ad ogni interesse chiamato in causa. A ciò deve aggiungersi la necessità di assicurare la corretta tutela dell'interesse pubblico curato dalla Pubblica Amministrazione tramite un'attenta ed accurata acquisizione e valutazione di tali interessi e una loro giusta ponderazione, alla luce di una superiore esigenza di equità, conformemente a quanto stabilito nel principio democratico.

Come può già evincersi, il concetto di giusto procedimento amministrativo presenta molteplici sfaccettature e risulta particolarmente complesso e quanto appena descritto vale a farci pervenire il senso di tale complessità, cui si cercherà di offrire, nel prosieguo, una panoramica esaustiva.

1.2. Teorie sulla giusta procedura

In ambito filosofico sociale, a partire dall'opera di Rawls¹¹, il concetto di giustizia procedurale ha suscitato l'attenzione di giuristi, filosofi, politici, sociologi e psicologi divenendo un oggetto di ricerca multidisciplinare.

Tuttavia, l'approccio procedurale offerto da Rawls al problema della determinazione dei criteri di giustizia sostanziale o distributiva non è del tutto originale.

Già Luhmann, nel 1969, in Germania, con il suo lavoro *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale* aveva analizzato le procedure nel contesto dei sistemi sociali considerandole lo strumento che traduce meglio, in termini istituzionali, la logica del potere¹².

Nell'opera citata, l'autore considera le procedure come quello spazio isolato in cui ciascuno assume il proprio ruolo e si dispone all'accettazione della decisione, anche se sfavorevole. L'idea di fondo è che le procedure possano attendere ad una funzione di giustificazione e di legittimazione di esiti, nell'ambito delle istituzioni sociali e delle pratiche sociali, mancando il consenso sui principi di giustizia sostanziale che devono caratterizzare proprio tali esiti. Tale esigenza risponde alle cosiddette teorie procedurali della giustizia che hanno l'obiettivo di fondare su criteri condivisi i principi di giustizia sostanziale che regolano le società democratiche¹³.

11. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli Editore, Milano 1997.

12. E, in tal senso, più efficacemente predisporre all'accettazione delle decisioni pubbliche da parte degli individui.

13. M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in « *Politica del diritto* », 1998.