

Leopold – Franzens – Universität

Innsbruck

Dissertation/Tesi di dottorato

zur Erlangung des akademischen Grades einer Doktorin (PhD)
der Rechtswissenschaften/Dottrorossa di ricerca in materie giuridiche
Diplomarbeit

Titolo della tesi

**LA NATURA DELLE SANZIONI PER VIOLAZIONE DEI DOVERI
DI TRASPARENZA AMMINISTRATIVA**

**ART DER SANKTIONEN AUFGRUND DER VERLETZUNG DER
PFLICHTEN DER VERWALTUNGSTRASPARENZ**



Eingereicht bei:

Betreuer:

Univ.-Prof. Hon.-Prof. Francesco Volpe (für die Universität Innsbruck, Österreich)

und

Univ.-Prof. Patrizia Marzaro (für die Universität Padua, Italia)

von:

Vorname Nachname

Dott.ssa Maria Magnago

Innsbruck, im März 2017.

Dedico questa ricerca
alla memoria di mio padre, Antonio Magnago,
che è stato il mio primo insegnante di diritto,
a mia madre, Gisella Matiz,
che con amore e dedizione mi ha sempre seguito in tutti questi anni,
a mio fratello, Michele,
che rende unica e speciale la mia vita

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO I.....	3
Il diritto punitivo come “Überbegriff“ di reazioni pecuniarie plurime a fatti contra jus: aspetti teorici e definitivi.....	3
1. La sanzione giuridica.....	3
2. I vari fatti illeciti o contra jus e le loro conseguenze sanzionatorie nella tradizione giuridica italiana: in specifico la sanzione civile e la sanzione penale.....	7
3. Illecito penale ed illecito amministrativo e le relative reazioni della pena e della sanzione: il criterio formalistico come prevalente criterio sostenuto dalla quasi unanime dottrina di distinzione fra tali illeciti consistente: a) nella qualificazione delle sanzione data dal legislatore; b) dal procedimento – processo applicato; c) dal tipo di autorità chiamata ad applicarla.....	10
4. La definizione di sanzione secondo la giurisprudenza delle Corti europee.....	19
5. Il parere della Corte di Cassazione, della giurisprudenza penale e della Corte Costituzionale sul concetto di sanzione: dalla tradizionale concezione formale al progressivo accoglimento dell’orientamento comunitario sostanzialistico.....	31
6. Il criterio formale come linea guida di distinzione ancora seguito dalla dottrina e dal legislatore per l’illecito amministrativo depenalizzato: limiti in ogni caso anche in campo penale alla severità della sanzione.....	40
7. L’illecito disciplinare e le conseguenti sanzioni: natura e differenze rispetto all’illecito penale e le sue caratteristiche peculiari. La natura essenzialmente contrattuale dell’illecito disciplinare.....	46
8. La sanzione amministrativa pecuniaria: caratteristiche sue peculiari e differenze con la sanzione disciplinare.....	54
9. La sanzione amministrativa pecuniaria e la sanzione pecuniaria irrogata dalla Corte dei conti: un tentativo di differenziazione.....	62
10. Conclusioni.....	67
CAPITOLO II.....	71
Le varie tipologie sanzionatorie pecuniarie alla normativa anticorruzione.....	71
1. Premessa.....	71
2. La pena pecuniaria penale e la sanzione amministrativa pecuniaria.....	72
2.1. La pena pecuniaria penale nei confronti dei funzionari pubblici.....	72
2.2. La sanzione amministrativa pecuniaria a carico dei pubblici funzionari.....	74

3. La sanzione disciplinare nel pubblico impiego ed in specifico la sanzione disciplinare conservativa della multa a carico dei funzionari pubblici: la nascita e l'evoluzione storica di tali rimedi ideati dal legislatore con lo scopo essenziale di perseguire illeciti di portata minore e quindi di limitato contenuto afflittivo	77
4. Il procedimento disciplinare per la sanzione conservativa della multa a carico del pubblico dipendente con qualifica non dirigenziale: cenni.....	92
5. Le sanzioni disciplinari conservative a carico dei dirigenti come novità introdotta dalla riforma del 2009	95
6. Il procedimento disciplinare sanzionatorio a carico del dirigente: la sanzione conservativa della multa: cenni.	97
7. Illecito dirigenziale concepito inizialmente come mancato raggiungimento degli obiettivi e la conseguente sanzione: sua differenza con l'illecito disciplinare. Evoluzione del concetto e la sua sovrapposizione iniziale con l'illecito disciplinare a carico del dirigente. La permanente difficoltà definitoria	99
8. Nuove forme sanzionatorie a carico dei dirigenti: la sanzione erariale conseguente dell'illecito contabile - amministrativo come particolare sanzione.....	106
9. Conclusioni.....	126

CAPITOLO III.....129

Le sanzioni pecuniarie a carico dei funzionari pubblici dopo la normativa anticorruzione 129

1. Premessa.....	129
2. Il fenomeno corruttivo in Europa ed in Italia ed i primi provvedimenti di contrasto	131
3. La legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione) ed i relativi decreti attuativi, in particolare il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (c.d. codice della trasparenza), così come modificato dal D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97 (c.d. decreto Madia): gli adempimenti e le responsabilità in ordine agli obblighi di pubblicità.....	138
4. Le sanzioni previste dalla normativa anticorruzione: considerazioni generali	144
5. Le responsabilità e le sanzioni nel decreto trasparenza per la violazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni: valutazioni generali	146
6. Le sanzioni ANAC previste dall'articolo 47 del decreto trasparenza ovvero le sanzioni pecuniarie per casi specifici	149
7. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza. Non hanno natura di sanzioni amministrative pecuniarie.....	153
8. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, così come nuovamente formulato dopo le modifiche del decreto legislativo 2016, n. 97: obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza. Sanzione penale?	156
9. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, così come nuovamente formulato dopo le modifiche del decreto legislativo 2016, n. 97: obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di	

incarichi di collaborazione o consulenza. Sanzione amministrativa tipizzata ovvero sanzione della Corte dei Conti?.....	161
10. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, così come nuovamente formulato dopo le modifiche del decreto legislativo 2016, n. 97: obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza. Sanzione disciplinare? Perplexità al riguardo.....	163
11. Sanzioni a cavallo fra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare: l'articolo 21, comma 1 bis.	167
12. La sanzione di cui all'articolo 15, comma 3: una fattispecie di difficile inquadramento	169
13. Conclusioni: la sanzione di cui all'articolo 15, comma 3 - natura di sanzione disciplinare conservativa anomala a carico del dirigente	172
CAPITOLO IV.....	175
Il principio di proporzionalità come principio di costituzionalità di una norma	175
1. Premessa.....	175
2. Il principio di proporzionalità: concetto e definizione generale	175
3. Il principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione Europea	177
4. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (CEDU)	182
5. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana	183
6. Il principio di proporzionalità presso i tribunali amministrativi: cenni	186
7. Il giudizio di proporzionalità nella previsione legislativa di sanzioni pecuniarie.....	190
8. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 alla luce del principio di proporzionalità: sua probabile incostituzionalità	193
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	197
ABSTRACT (DE)	201
BIBLIOGRAFIA	205
INDICE DEGLI AUTORI	205
Eidesstattliche Erklärung	211

INTRODUZIONE

Lo scopo della presente ricerca è quello di indagare sulla reale natura delle sanzioni pecuniarie a carico dei funzionari pubblici dopo l'entrata in vigore della normativa anticorruzione.

Il pubblico dipendente dopo le riforme intervenute con la legge 6 novembre 2012 n. 190 ed i relativi decreti attuativi (decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 c.d. codice T.U. Trasparenza, decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39 ed il decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62, c.d. Codice di comportamento) ha visto aggravarsi le proprie responsabilità in ambito lavorativo e così il conseguente regime sanzionatorio.

Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in particolare, ha previsto due articoli di legge che appesantiscono il già nutrito carico di responsabilità degli operatori della pubblica amministrazione.

Il problema di fondo nasce dalla lettura in specifico degli articoli 15 e 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, che danno attuazione all'articolo 1, comma 35, della legge 6 novembre 2012, n. 190.

L'articolo 15 comma 3 prevede, al termine di un procedimento disciplinare, il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta a titolo di corrispettivo a carico del dirigente che ha predisposto l'incarico ad un soggetto esterno, indicato al comma 2, senza le dovute pubblicazioni, fatto salvo il risarcimento del danno del destinatario, ove ricorrano le condizioni (danno ingiusto per illegittimo esercizio dell'attività amministrativa - lesione di diritti soggettivi e di interessi legittimi).

L'articolo 47 prevedeva delle sanzioni amministrative pecuniarie a carico del responsabile della violazione della mancata pubblicazione pari ad una somma variabile da 500 a 10.000 euro, sanzioni irrogate originariamente dall'autorità amministrativa competente non ben definita.

Tali articoli hanno una formulazione ambivalente e non si comprende *ictu oculi* la reale natura di tali provvedimenti sanzionatori.

Non è chiaro dai disposti della legge, infatti, se si tratta veramente di una nuova tipologia di sanzione disciplinare, di una sanzione amministrativa di tipo pecuniario oppure di qualche altra forma sanzionatoria pecuniaria.

Qualora si identificassero tali tipologie per sanzioni disciplinari pecuniarie oppure per sanzioni amministrative pecuniarie è opportuno, infatti, chiarire se si tratta di modelli

difforni al modello storicamente conosciuto fin dal momento dell'entrata in vigore di tutta la normativa anticorruzione oppure corrispondenti al modello tradizionale ed esaminare le eventuali conseguenze.

Optare per una qualificazione piuttosto che un'altra, apre infatti a problematiche e conseguenze giuridiche differenti non solo sul piano sostanziale, ma anche dal punto di vista processuale.

Alla soluzione del problema di fondo si giunge, in primo luogo, compiendo una breve panoramica del concetto di sanzione come reazione ad un fatto illecito e dunque delle caratteristiche principali delle fattispecie previste dal c.d. diritto punitivo soffermandosi in particolare sugli istituti delle sanzioni disciplinari pecuniarie a carico dei dirigenti, ma anche semplici funzionari ed sulle sanzioni amministrative pecuniarie con un occhio di riguardo ai relativi illeciti, affrontando, infine, nel prosieguo della trattazione, il nocciolo del tema di ricerca e cioè le norme sopraccitate secondo un approccio teleologico¹ seguendo le proposte di metodo indicate da Paliero e Travi per le sanzioni amministrative e cioè: "utilizzazione dell'approccio teleologico che consente di ricavare gli specifici caratteri della sanzione amministrativa dagli scopi ad essa attribuiti dal legislatore",² ma anche alla luce del mutato quadro internazionale europeo che sempre più "detta legge" anche in ambito nazionale.

¹ Allo strumento teleologico come metodo di interpretazione fa riferimento anche la prassi delle istituzioni di Strasburgo. Sul punto vedasi uno spunto interessante di LONATI, *Metodi di interpretazione della Corte Edu ed equo processo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015, 256 e ss.

² PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici.*, Milano, 1988, 92.

CAPITOLO I

Il diritto punitivo come “Überbegriff“ di reazioni pecuniarie plurime a fatti contra jus: aspetti teorici e definatori

SOMMARIO: 1. La sanzione giuridica. - 2. I vari fatti illeciti o *contra jus* e le loro conseguenze sanzionatorie nella tradizione giuridica italiana: in specifico la sanzione civile e la sanzione penale. - 3. Illecito penale ed illecito amministrativo e le relative reazioni della pena e della sanzione: il criterio formalistico come prevalente criterio sostenuto dalla quasi unanime dottrina di distinzione fra tali illeciti consistente: a) nella qualificazione delle sanzione data dal legislatore; b) dal procedimento - processo applicato; c) dal tipo di autorità chiamata ad applicarla. - 4. La definizione di sanzione secondo la giurisprudenza delle Corti europee. - 5. Il parere della Corte di Cassazione, della giurisprudenza penale e della Corte Costituzionale sul concetto di sanzione: dalla tradizionale concezione formale al progressivo accoglimento dell'orientamento comunitario sostanzialistico. - 6. Il criterio formale come linea guida di distinzione ancora seguito dalla dottrina e dal legislatore per l'illecito amministrativo depenalizzato: limiti in ogni caso anche in campo penale alla severità della sanzione. - 7. L'illecito disciplinare e le conseguenti sanzioni: natura e differenze rispetto all'illecito penale e le sue caratteristiche peculiari. La natura essenzialmente contrattuale dell'illecito disciplinare. - 8. La sanzione amministrativa pecuniaria: caratteristiche sue peculiari e differenze con la sanzione disciplinare. - 9. La sanzione amministrativa pecuniaria e la sanzione pecuniaria irrogata dalla Corte dei conti: un tentativo di differenziazione. - 10. Conclusioni.

1. La sanzione giuridica

La sanzione in generale è la risposta o meglio la reazione di un ordinamento normativo al verificarsi di un fatto illecito e la nozione di sanzione è ritenuta da parte di alcuni teorici del diritto come attributo necessario ed imprescindibile della norma.³

³ Su tale punto, tuttavia, si è acceso fra i teorici del diritto, ma anche fra gli studiosi di diritto positivo a livello europeo un agguerrito dibattito in merito soprattutto al nuovo fenomeno di derivazione internazionale del *soft law* ovvero del diritto morbido o attenuato. Secondo il paradigma tradizionale norma giuridica sarebbe quella norma che si caratterizza per la presenza di un comando vincolante detto precetto e corredato da sanzione. A questa concezione si contrapporrebbe una tesi di origine francese per cui ora abbiamo una nuova concezione del diritto, ove la norma può essere più o meno vincolante o suscettibile di sanzione e la cui giuridicità andrebbe di per sé collegata alla sola formulazione di una regola di condotta (THIBIERGE, *Le droit souple*, citato da MAZZAMUTO, *L'Atipicità delle fonti nel*

È, dunque, la conseguenza dannosa che il legislatore collega al fatto violativo come corrispettivo dell'azione del violatore e il mezzo per restaurare l'ordine giuridico turbato.⁴

Secondo la dottrina *proprium* del fenomeno sanzionatorio è l'essenza primariamente afflittiva,⁵ anche se non sempre la sanzione ha un fine afflittivo come accade per le c.d.

diritto amministrativo, Convegno AIPDA 2015, 9 – 10 ottobre 2015, Padova, 27). Anche il “*droit souple*” andrebbe ricompreso, quindi, nella teoria generale del diritto e per *law soft* si potrebbe, quindi, intendere, dunque, una definizione nuova del diritto inteso come insieme complesso di norme e di regole morbide, che si pongono come precetti dotati di una loro indiscutibile giuridicità, pur non prestando le caratteristiche tipiche delle norme giuridiche individuate dalla tradizionale dottrina pubblicistica. Si tratterebbe di regole che contribuiscono a creare e dare vita ad un diritto che pur non avendo una forza vincolante nel senso classico del termine hanno una modesta coercibilità e producono indiscutibili effetti giuridici pratici.

Secondo la definizione classica, però, una norma è tale se è coattiva ed è coattiva se l'ordinamento ha predisposto gli strumenti di volta in volta più opportuni, affinché il precetto sia eseguito o sia osservato anche contro o in assenza della volontà del destinatario, in via eventualmente coercitiva, attivando, quindi, il meccanismo del controllo giurisdizionale. Ed è stata proprio quest'ultima caratteristica che è stata ritenuta elemento distintivo della regola giuridica che la distinguerebbe, dunque, da altro tipo di comandi di natura, per esempio, sociale, etica, morale o religiosa, vedasi sul punto DE LUCA, *Il Soft Law*, Tesi di dottorato di ricerca in Diritto ed Economia XIX ciclo, Università degli studi di Napoli, 18 ss. La funzione del diritto, infatti, non è tanto la fissazione di regole di condotta, ma la risoluzione pacifica delle controversie “*ne cives ad arma veniant*” (MAZZAMUTO *l'Atipicità delle fonti nel diritto amministrativo, op. cit.*).

Secondo alcuni autori, dunque, il *soft law*, (MAZZAMUTO, *l'Atipicità delle fonti nel diritto amministrativo, op. cit.*) non sarebbe né un complesso di norme giuridiche, ma neppure una fonte del diritto. In sostanza il *soft law* interverrebbe in quei settori troppo tecnici o troppo etici lasciati non regolati dalla legge che, quindi, perderebbe il suo ruolo centrale (intervento orale al Convegno 9 ottobre 2015 del Prof. DOMENICHELLI).

In merito alla coercibilità ed alla considerazione del ruolo del *soft law* anche da parte della nostra Cassazione merita di essere citata la nota sentenza Englaro, Corte di Cassazione civile, sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in www.giurcost.org - consulta on line, sul fine vita che rinviava per giustificare la sua decisione alla Convenzione di Oviedo, articoli 4 e 6 della Convenzione, classico esempio di *soft law*.

Probabilmente con l'ingresso anche nel nostro ordinamento di nuovi istituti come il *soft law* è giunto il momento di modificare la concezione tradizionale di “sanzione”, come elemento costitutivo della norma giuridica. Del resto norme senza sanzioni sono già conosciute al nostro ordinamento e quindi non si tratterebbe di un fenomeno nuovo, dal momento che la dottrina ha da tempo enucleato tutta una serie di regole che pur avendo indiscutibile natura giuridica, non sono correlate da immediata, diretta e specifica sanzione volta a tutelarne il rispetto e l'esecuzione (si pensi ad. es. alle norme definitorie o programmatiche).

⁴ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 1.

“sanzioni” civili,⁶ dove la sanzione generale del risarcimento danno ha la finalità di rimediare al male prodotto dalla violazione ed è stabilita nell’interesse privato della vittima,⁷ mentre nel caso del diritto punitivo penale ed amministrativo, la sanzione ha come carattere distintivo proprio l’afflittività in considerazione della soddisfazione del più generale interesse (pubblico) al rispetto dell’ordine giuridico⁸ e di restaurare, quindi, l’autorità della norma.⁹

Secondo la definizione del linguaggio comune il termine sanzione richiama la teoria del controllo sociale ed è anche in questo modo che è stata intesa fin dalle origini, come già sosteneva Aristotele in un celebre passo dell’*Etica nicomachea*: “I più obbediscono più alla necessità che alla ragione e più per le punizioni che per il decoro”.¹⁰

Secondo i teorici del diritto, partendo dalle elaborazioni della giurisprudenza e dalle teorie di Arturo Rocco secondo il quale all’interno delle varie fattispecie penali l’unica distinzione possibile è quella quantitativa, è ipotizzabile la nascita di un diritto punitivo ad ampio spettro come unico diritto del controllo sociale che ricomprende non solo i reati, ma anche gli illeciti amministrativi, parificando gli uni e gli altri in struttura, tutele (è necessario, infatti, comunque assicurare una adeguata tutela giurisdizionale anche a coloro che hanno commesso illeciti con minor disvalore sociale) ed efficacia deterrente con il correlativo apparato sanzionatorio graduato per gravità di infrazione.¹¹

Fra gli illeciti amministrativi una parte preponderante è costituita ora, dopo l’entrata in vigore della legge 24 novembre 1981, n. 689, dagli illeciti depenalizzati che unitamente agli illeciti *ab origine* amministrativi ed a quelli introdotti dalle varie leggi regionali seguono i principi di cui agli articoli 1-12 della legge 689.

⁵ In realtà il concetto stesso di sanzione richiama l’idea di punizione e quindi di afflizione.

⁶ PAGLIARO, in (Voce) II SANZIONE PENALE, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XXXII, 1992, 1.

⁷ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., 6.

⁸ SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie, Principi sostanziali e procedurali.*, Napoli, 1983, 2.

⁹ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., 6.

¹⁰ GAVAZZI, (Voce) *Sanzione I) Teoria Generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XXXII, 1992, 1.

¹¹ DELLA TORRE, *Le frontiere mobili del diritto punitivo. Le contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro ed immigrazione, fra sfera penale ed amministrativa*, Tesi di dottorato Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, anno accademico 2009/2010, 69 ss.

Secondo alcuni autori si parlerebbe ora di una nuova categoria dogmatica, il c.d. illecito di diritto pubblico,¹² che ricomprenderebbe le sottocategorie o sottosistemi dell'illecito penale, l'illecito amministrativo *ab origine* ed appunto l'illecito amministrativo depenalizzato.¹³

Nel diritto punitivo in senso ampio sono ricompresi anche gli illeciti disciplinari e tributari con le relative sanzioni che esulano, tuttavia, dalle disposizioni generali ricomprese nella parte generale della legge 24 novembre 1981, n. 689 e, almeno per quanto riguarda la sanzione tributaria, esulano anche da essere oggetto di trattazione nella presente ricerca.

Secondo una parte della dottrina diritto disciplinare e diritto penale sono addirittura “analoghi” cioè sono fra loro affini¹⁴ e possono coesistere. L'uno, infatti, è diretto a sanzionare l'osservanza dei doveri speciali di ufficio, l'altro a sanzionare doveri di retta condotta sociale.¹⁵

Al di là, comunque, delle affinità e quindi delle somiglianze fra istituti che potrebbe essere interessante conoscere per colmare eventuali lacune normative specifiche ed estendere eventuali tutele, rimangono, comunque sostanziali differenze, perché ogni istituto ha proprie caratteristiche peculiari e persegue finalità diverse, che a parere di chi scrive, permangono anche se, come si avrà modo di illustrare in seguito, non sempre è chiaro il confine fra un istituto e l'altro e persino fra rami del diritto stesso, soprattutto dopo gli interventi delle Corti europee.

È necessario, dunque, per poterne individuare la natura specifica, esaminarne le strutture, le caratteristiche, ma soprattutto la *ratio*.

¹² SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 138. *Depenalizzazione e garanzia. Dall'illecito penale all'illecito amministrativo: un riesame critico alla luce del rapporto tra potere e cittadini*, Bologna, 1995, 143 - 147.

¹³ SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, *op. cit.*, 143 - 151.

¹⁴ MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, 13 – 14: “in tutti e due i casi un'autorità pubblica infligge al privato una punizione come conseguenza di un'infrazione da questi commessa”.

¹⁵ PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988, 52.

2. I vari fatti illeciti o *contra jus* e le loro conseguenze sanzionatorie nella tradizione giuridica italiana: in specifico la sanzione civile e la sanzione penale

La prima distinzione necessaria da effettuarsi è quella fra illecito penale ed illecito civile. Da tale demarcazione, infatti, emerge in primo luogo che all'illecito civile consegue la sanzione privata del risarcimento danno,¹⁶ all'illecito penale la pena con tutto il suo bagaglio di afflittività, ma è vero anche il contrario, a parere di chi scrive: la richiesta di un risarcimento danni è sintomatica della presenza di un fatto illecito civile, l'applicazione di una pena della commissione di un illecito penale.

Secondo la tradizione giuridica italiana l'illecito penale ha sue peculiari caratteristiche che lo distinguono dall'illecito civile in quanto, come è noto, tale illecito è ritenuto di creazione legislativa secondo il famoso principio *nullum crimen sine lege* e la legge determina, quindi, i fatti costituenti il reato, ha carattere tassativo e personale (art. 27 Cost.), per cui si può rispondere solo per un fatto proprio quantomeno colpevole, a differenza dell'illecito civile che può essere creato anche da fonti di rango secondario, non è tassativo, né personale e la forma della responsabilità che ne consegue può anche essere indiretta ed oggettiva.

La sanzione penale è la tipica reazione dello Stato all'illecito penale caratterizzato dai peculiari componenti della tipicità, colpevolezza ed anti giuridicità, cioè a quel comportamento umano volontario definito reato che si concretizza in una azione od omissione tesa a ledere un bene tutelato giuridicamente di particolare rilevanza sociale ed a cui l'ordinamento giuridico fa discendere l'irrogazione di una pena particolarmente afflittiva.

Così come sostenuto dalla dottrina, il diritto penale ha come carattere essenziale la pena e questa la distingue da ogni altra norma giuridica ad eccezione di quella disciplinare, come vedremo nel prosieguo della trattazione, il cui campo va ristretto ai rapporti di sudditanza speciale ed alle pene particolari relative.¹⁷

La sanzione penale è in sostanza la risposta di tipo punitivo al fatto illecito penale che in quanto tale aggiunge un *quid pluris* di dolore rispetto alle sanzioni restitutorie o

¹⁶ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., 4 e ss., La natura sanzionatoria si concretizza in un male consistente nella diminuzione patrimoniale, inflitto al trasgressore della norma e nell'essere volto a restaurare l'equilibrio giuridico fra danneggiante e danneggiato.

¹⁷ CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, I vol., 241, 247. Secondo un altro studioso addirittura, ZANOBINI, in *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, le sanzioni disciplinari sono le uniche sanzioni penali nel campo del diritto amministrativo.

risarcitorie previste per l'illecito civile focalizzate, dunque, essenzialmente sul risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale. La sanzione civile, infatti, ha l'obiettivo (cioè *la ratio*) di ristabilire lo stato di diritto esistente prima della azione illecita e la responsabilità civile italiana è fondata sul principio di totale riparazione del danno, mentre la sanzione penale è volta ad evidenziare il disvalore pubblico della violazione, ha molteplici funzioni e cioè di retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale¹⁸ ed è per questo che la struttura della pena penale è essenzialmente

¹⁸ La dottrina italiana è giunta all'accoglimento delle c.d. teorie miste (dette anche pluridimensionali o plurifunzionali) della pena. Sul punto vedasi VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in *Trattato di diritto penale (diretto da) GROSSO – PADOVANI - PAGLIARO, Parte generale*, Tomo II, Milano, 2014, 43 – 46. Le teorie miste fanno proprie le indicazioni della Corte Costituzionale, 22 novembre 1974, n. 264, in www.consultaonline.it; www.giurcost.org, secondo le quali la “funzione e quindi il fine della pena” è oltre alla retribuzione per il male commesso, la dissuasione, prevenzione, difesa sociale ed emenda del reo. Il tutto, comunque, da rapportarsi alla proporzionalità della pena al fatto commesso secondo i principi sposati dal nostro sistema democratico e dalla Costituzione per i quali il singolo uomo rappresenta il centro del sistema per cui il cittadino non può essere strumentalizzato per alcun fine. Da tale presupposto ne deriva che per nessuna ragione la persona umana può essere “usata” per scopi politici-criminali, ma neppure per proteggere anche altri interessi “superiori” quali ad esempio quelli economici. La dignità del reo ed il concetto di proporzionalità della pena rispetto alla gravità complessiva dell'illecito si fondano, a mio parere, sui disposti degli artt. 2 e 3, 1° comma Cost, che garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo per cui bene chi sostiene come VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato, op. cit.*, 40, che la pena occorrente deve essere ancorata alle esigenze di prevenzione generale e speciale e nell'ottica retribuzionistica è rapportata al grado della colpevolezza. Tale convincimento è posto, però, in crisi dalla recente sentenza Taricco, Corte di Giustizia dell'Unione Europea 8 settembre 2015 C - 105/2014 in www.giurisprudenzapenale.com.

Si fa presente che tale sentenza, così come tutte le sentenze di cui non è riportata la rivista di pubblicazione devono intendersi come reperibili nelle banche dati ufficiali delle autorità giudiziali che le hanno pronunciate.

Tale sentenza nasce da una questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Cuneo nell'ambito di un procedimento penale riguardante gravi reati tributari quali frode nell'applicazione e riscossione dell'I.V.A., ai sensi degli artt. 2 e 8 del decreto legislativo 10 marzo 2000 n. 74, combinato coll'ulteriore ipotesi delittuosa di associazione a delinquere di cui all'articolo 416 del codice penale. Tale reato sono, per il legislatore italiano, prescritti in quanto commessi anteriormente alla riforma della prescrizione del 2011 (decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 convertito dalla legge 14 settembre 2011, n. 148) e quindi sottoposti alla durata di cui agli artt. 2, 8 e 17 comma 1 del decreto legislativo n. 74 e le regole generali di cui agli artt. 157 - 161 codice penale (termine massimo di prescrizione del reato). Con questa sentenza la Corte europea ritiene la normativa italiana contrastante con le esigenze di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea e pregiudicanti gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2 TFUE ed invita pertanto il giudice dello Stato italiano a disapplicare tali disposizioni nazionali. A mio parere con tale sentenza la CEE invitando a disapplicare la normativa in materia di prescrizione riformata

diversa dalla sanzione civile che non ha natura pubblica, ma privata (è orientata, infatti, al danneggiato ed a protezione dei suoi interessi).¹⁹

non tiene conto anche della funzione della finalità special preventiva della pena che è quella volta alla rieducazione del reo, così come anche previsto dall'articolo 27 comma 3 della Costituzione a tutto vantaggio della finalità general preventiva, nell'ottica però solo di salvaguardare le esigenze patrimoniali comunitarie. Non ha, infatti, alcun senso, nell'ottica della funzione special preventiva, punire un soggetto trascorsi un certo numero di anni, dal momento che lo stesso trascorrere del tempo evidenzia la mancanza di interesse dello Stato a neutralizzare, rieducare e risocializzare un soggetto che nel frattempo si è adeguato al sistema dei valori sociali e che quindi rispetto al tempo in cui è stato commesso il fatto non è più lo stesso.

¹⁹ Secondo la Suprema Corte di Cassazione (sentenza 19 febbraio 2007, n. 1183, in *Foro it.* 2007, 1498, Cass. Sez. Un. 11 febbraio 2008, n. 26972 - 26975, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009, 1, 38, che afferma e ribadisce “il principio secondo cui nel nostro sistema il risarcimento deve coprire l'intero danno, ma non oltre quello” e la recente sentenza Cass. Civile, I sez., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e Resp.* 2012, 609.) alla responsabilità civile e quindi alla sanzione civile è assegnato il compito essenziale di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. Il risarcimento deve riparare integralmente il danno sofferto e non può essere liquidata al danneggiato una somma inferiore, ma neppure superiore a quella necessaria a riparare il danno. La sanzione civile, quindi, parrebbe avere come presupposto il danno e finalità esclusiva quella della reintegrazione della sfera della vittima dell'illecito. Secondo la Suprema Corte rimerebbe estranea, pertanto, al sistema giuridico italiano l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è per questo che l'istituto di matrice anglosassone “*punitive damages*”, tradotto in Italia con l'espressione “danni punitivi”, non viene accolto. In Italia ed in molti altri ordinamenti di *civil law* tale istituto, infatti, viene ritenuto in contrasto con la tradizionale separazione fra diritto civile e diritto penale. La stessa Corte Costituzionale ha rifiutato di dare delibazione ad una sentenza straniera di condanna per danni punitivi, perché ha ritenuto tale istituto in contrasto con l'ordinamento pubblico interno. Sul punto vedasi NICOTRA, *Responsabilità civile e tutela dei singoli: dal risarcimento ai rimedi ultracompensativi*, in <http://www.altalex.com> del 04.05.2015. La dottrina, tuttavia, non sempre è stata d'accordo con tali posizioni della giurisprudenza ed alcuni autori come ad es. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, 2006, 69 ss., hanno ritenuto che in un moderno stato di diritto non sia sufficiente l'integralità della riparazione che rimetta il danneggiato nella stessa posizione giuridica in cui si trovava prima della commissione del fatto illecito, ma un moderno sistema di responsabilità civile deve possedere anche obiettivi di deterrenza irrinunciabili. Alcuni autori focalizzano l'attenzione, infine, quasi esclusivamente o prevalentemente sulla funzione sanzionatoria soprattutto nei casi di responsabilità extracontrattuale. Sul punto vedasi BIANCA, *Diritto civile V, La Responsabilità*, Milano, 1984, nota 1, 543 e DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1980, p. XVIII della premessa, per i quali la funzione del risarcimento danni è soprattutto sanzionatoria. Inoltre ad aprire un varco in questa direzione ci ha pensato anche il legislatore con la previsione di alcune forme di “prestazioni sanzionatorie” dell'illecito civile con caratteristiche e finalità simili alle sanzioni di tipo punitivo e cioè con finalità preventivo deterrenti a prescindere dal danno subito dalla vittima e slegati

Nella struttura di tali sanzioni prettamente punitive, infine, essenziali sono gli elementi dell'autore del fatto, la sua personalità, le sue condizioni personali e sociali ed in generale la sua soggettività.

3. Illecito penale ed illecito amministrativo e le relative reazioni della pena e della sanzione: il criterio formalistico come prevalente criterio sostenuto dalla quasi unanime dottrina di distinzione fra tali illeciti consistente: a) nella qualificazione delle sanzioni data dal legislatore; b) dal procedimento – processo applicato; c) dal tipo di autorità chiamata ad applicarla.

Se questo è sufficientemente chiaro come distinzione fondamentale fra i due istituti dell'illecito penale e dell'illecito civile, più articolata e complessa risulta la distinzione fra illecito penale ed illecito amministrativo e le definizioni teoriche hanno appassionato e diviso la dottrina per anni.

Entrambi gli illeciti sono percepiti dall'ordinamento come disvalori sociali, seppur con diversa graduazione, a cui conseguono differenti reazioni da parte dello Stato che si concretizzano nelle rispettive sanzioni della pena e della sanzione amministrativa.

quindi ad una pura pretesa risarcitoria - vedasi al riguardo l'articolo 12, l. 8 febbraio 1948, n. 47 la c.d. legge sulla stampa. Su tale punto si è espresso chiaramente GRANELLI, *I danni punitivi*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2014, 1760 e ss. Oppure la responsabilità aggravata per lite temeraria prevista dall'articolo 96 del codice di procedura civile, così come ritiene NICOTRA, *Responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.: una fattispecie di danno punitivo*, in *Altalex*, Marzo 2015, <http://www.altalex.com/index>.

Meritano di essere segnalate, perché offrono, infine, una incoraggiante apertura in questo senso e cioè prevedono rimedi all'illecito civile non meramente compensativi, le sentenze della Corte di Cassazione 11 maggio 2010, n. 11353, in *Foro it*, 2011, I, 534 ss. in materia di illecito sfruttamento del diritto all'immagine e successiva pronuncia, sempre in materia di sfruttamento illecito del diritto di autore, sentenza Cassazione 15 aprile 2011, n. 8730, in *Foro it*, 2011, I, 3073.

Nonostante le prese di posizione sopraccitate di una parte della dottrina e questi ultimi deboli tentativi di apertura della Corte di Cassazione e nonostante che il principio dell'integralità della riparazione del risarcimento del danno non abbia copertura costituzionale (sul punto vedasi sentenza della Corte Costituzionale 30 aprile 1999, n. 148, in www.giurcost.org. Consulta online), tuttavia, parrebbe impossibile negare la preminenza di quest'ultimo principio all'interno del sistema di responsabilità civile italiano, tale per cui si potrebbe affermare con certezza che tale principio ha natura di principio generale all'interno del nostro ordinamento giuridico e pertanto non parrebbe possibile riconoscere altre ipotesi risarcitorie che vadano oltre il pregiudizio subito.

Pur avendo entrambe contenuto afflittivo e funzione di prevenzione generale e speciale, rimane, comunque, una fondamentale differenza qualitativa della pena in senso stretto rispetto alla sanzione punitiva amministrativa che si traduce nel notorio stigma penale.²⁰ Mancando, però, una compiuta teorizzazione dell'illecito e della sanzione amministrativa, la dottrina²¹ ha proceduto per tentativi definitivi inizialmente presupponendo l'esistenza di ordinamenti distinti, quello giurisdizionale e quello amministrativo per cui la sanzione amministrativa non sarebbe altro se non l'espressione dell'ordinamento amministrativo e quindi "sono amministrative tutte quelle sanzioni la cui applicazione è dalla legge riservata all'autorità amministrativa e sono espressione di un diritto soggettivo dell'amministrazione, tanto è vero che costituendo un diritto degli enti amministrativi, viene applicata da questi direttamente senza la intermediazione del giudice."²² Secondo un'altra studiosa,²³ invece, non esisterebbero diversi ordinamenti

²⁰ La sanzione penale, infatti, si connota per una particolare gravità, in quanto incide sulla libertà personale e, comunque, anche laddove sia soltanto pecuniaria, come nel caso della multa e dell'ammenda, lede la dignità e l'onore della persona, perché riferita alla commissione di fatti di particolare gravità ed allarme sociale. – Consiglio di Stato, sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4580, in *Foro amm. CDS, 2010, 7-8, 1610*, www.iusexplorer.it/Dejure. Secondo BERNARDI - ZODA, *Depenalizzazione profili teorici e pratici*, Padova, 2008, 70, 71, la sanzione amministrativa in senso stretto si differenzia dalle altre tipologie sanzionatorie per l'oggetto di tutela e finalità perseguite (gli interessi tutelati sono quelli dell'individuo e della generalità dei consociati e la finalità perseguita è quella della prevenzione sia generale che speciale, nonché di repressione degli illeciti) che la avvicinano alla sanzione penale, ma nel contempo se ne distingue, in quanto non caratterizzata dal noto stigma in capo al soggetto condannato e agli effetti penali della condanna.

²¹ Secondo VIRGA, in *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi, VI ed.*, Milano, 2001, 107, manca un criterio sicuro per differenziare l'illecito amministrativo rispetto all'illecito penale ed è lasciato, quindi, alle valutazioni del legislatore stabilire se un "reato minore" debba o meno qualificarsi come illecito amministrativo e quindi debba essere punito con una sanzione amministrativa. Della medesima opinione è anche PALAZZO, *L'illecito penale amministrativo – verifica di un sistema*, in *Convegni giuridici e ricerche*, Padova, 1987, 15, secondo appunto il quale, il riparto fra sanzioni penali e sanzioni amministrative non avverrebbe in base a criteri sostanziali e la qualificazione di un illecito come penale o amministrativo deriverebbe non dal suo peculiare disvalore, ma unicamente dal tipo di sanzione prescelta dal legislatore, e la riprova di tale fatto si troverebbe appunto proprio nel fenomeno della depenalizzazione che avvalorerebbe la tesi dell'indifferenza sostanziale" dell'illecito a trasmutare la propria natura penale a quella amministrativa. Secondo tale autore, infine, dovrebbe essere lasciata alla disciplina penale unicamente quell'offesa o comunque quella messa in pericolo di interessi fondamentali di rango primario, ma quali essi siano poi in concreto non è di facile comprensione né individuazione, dal momento che il concetto stesso di interesse è condizionato nella sua fisionomia dai variabili e mutevoli fattori etici, sociali e politici.

²² ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative, op. cit.*, 38, 40.

giuridici trasgrediti cui corrisponderebbero distinti tipi di illecito, ma un unico ordinamento, la cui violazione costituisce un illecito, che se investe interessi “amministrativi”, determina una reazione di tipo amministrativo, la sanzione amministrativa appunto. Quindi, secondo questa autrice, illecito amministrativo è l’illecito disciplinato da norme repressive di ordine amministrativo ed è il tipo di sanzione conseguente al tipo di responsabilità che determina la natura dell’illecito.²⁴

Questa opinione è condivisa da altri autori²⁵ secondo i quali, dunque, il criterio per distinguere i due tipi di illecito è quello di tipo formalistico per cui l’illecito amministrativo e la conseguente sanzione sarebbero la manifestazione dell’autonomia dell’ordinamento amministrativo all’interno dell’ordinamento giuridico (teorie istituzionalistiche), per cui la norma è penale e la fattispecie è reato, se la sanzione è penale,²⁶ l’illecito è amministrativo se la sanzione è qualificata come tale e soprattutto la

²³ SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, op. cit., 15.

²⁴ SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, op. cit., 13; 17.

²⁵ Sostenitore del criterio formale, anzi, è in particolare ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., 40, 41, che ritiene che il discrimine fra sanzioni penali e sanzioni amministrative sta proprio nella competenza e nel procedimento. Egli è da considerarsi il rappresentante di quella posizione della dottrina definita da PEPE nella sua opera, *Illecito e sanzione amministrativa*, Padova, 1990, 36, 45 degli “autonomisti” contrapposti agli autori definitivi come “unitaristi”. Secondo tale autore, tuttavia, è la tesi unitaria che può considerarsi oggi prevalente. Anche tale autore ritiene che sia il *nome iuris* il discrimine del tipo di sanzione e si accoda a quanti in dottrina hanno sempre ritenuto che fosse il criterio formale il criterio guida fondamentale per distinguere fra i vari tipi di sanzione, oltre che dal tipo di autorità chiamata ad applicarla, per cui si ha sanzione amministrativa quando viene emanata dalla autorità amministrativa e si ha sanzione penale quando proviene dalla autorità penale. Per suffragare tale tesi l’autore rimanda alla sentenza della Corte Costituzionale del 26 giugno 1956, n. 6, secondo la quale la distinzione fra sanzione penale e sanzione amministrativa non si riscontrerebbe nel carattere della materia a cui la normativa si riferisce, ma al carattere peculiare della sanzione, all’organo che la deve applicare ed al procedimento da seguire per la sua applicazione. Tale autore prosegue evidenziando che i tratti peculiari della sanzione amministrativa stanno nel profilo quantitativo, sposando in via definitiva quindi la tesi unitaria. L’utilizzazione dello strumento penale dovrebbe essere la *estrema ratio*, ma pena e sanzione amministrativa sono omogenee e tale omogeneità si concretizza nel differenziare appunto quantitativamente la pena che inciderebbe in misura più grave nella restrizione fisica della persona.

²⁶ SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia. Dall’illecito penale all’illecito amministrativo: un riesame critico alla luce del rapporto tra potere e cittadini*, op. cit., Bologna, 1995, 139.

qualificano come tale, secondo altri autori^{27 28} gli elementi caratterizzanti il tipo di procedimento – processo.

La qualificazione formale si ricaverebbe del resto in primo luogo proprio dal legislatore stesso che in riferimento all'articolo 17 c.p. qualifica le pene principali ed all'articolo 19 c.p. quelle accessorie.

La sanzione amministrativa e l'illecito amministrativo sarebbero definibili in via "residuale" o "negativa" rispetto all'illecito penale, in quanto la pena amministrativa sarebbe la conseguenza di un illecito che sia qualificato come reato.²⁹

Secondo un'altra giurista³⁰ l'illecito amministrativo non è altro che la trasgressione commessa dal privato lesiva degli interessi affidati alle cure della pubblica

²⁷ Su tale punto è del medesimo parere anche MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum criminem sine lege*, op. cit., 5. Per distinguere fra sanzioni amministrative e quelle penali non è sufficiente il criterio della disciplina adottata dal legislatore ("*nomen iuris*"), ma è necessario soprattutto il criterio formale – procedurale, ai sensi del quale sono sanzioni amministrative quelle irrogate dall'autorità amministrativa in seguito a procedimento non giurisdizionale. Sul criterio formale e sul criterio procedimentale insiste anche CARDIN, *Profili generali dell'illecito amministrativo*, Padova, 2005, 3, 4, 9. Tale autore ribadisce il concetto che la distinzione fra l'illecito amministrativo, colpito da sanzione amministrativa e l'illecito penale, colpito da pena non sta nel nucleo essenziale, dal momento che la natura e la finalità delle due categorie di illecito sono le stesse. Entrambi gli illeciti, infatti, tutelerebbero interessi generali e tale omogeneità emergerebbe proprio nell'ipotesi del reato depenalizzato. Rimane il dato formale per cui illecito amministrativo è quello che il legislatore qualifica come tale. Tuttavia, anche secondo tale autore, non sono infrequenti nell'ambito amministrativo sanzioni amministrative camuffate. Sono sanzioni, che in realtà per la loro natura e gravità, dovrebbero piuttosto essere configurate come penali e pertanto dovrebbero essere assistite da tutte quelle garanzie anche di ordine processuale che normalmente circondano le sanzioni penali.

²⁸ SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, op. cit., 133 – 136; *Depenalizzazione e garanzia. Dall'illecito penale all'illecito amministrativo: un riesame critico alla luce del rapporto tra potere e cittadini*, op. cit., 140. Sul punto concorda anche PROPATO, *Sanzioni amministrative e depenalizzazione di delitti e contravvenzioni*, 2 ed°. Roma, 1986, 10, secondo il quale "sotto il profilo formale le sanzioni amministrative si distinguono da quelle penali per il criterio nominalistico cioè dal tipo di sanzione minacciata dalla legge sulla base di un criterio discrezionale ma ragionevole, ma anche per il soggetto che normalmente le applica (autorità amministrativa) e per il procedimento che porta all'irrogazione (amministrativo).

²⁹ Su tale punto è del medesimo parere CANNADA BARTOLI nelle sue riflessioni, in *Illecito (diritto amministrativo)*, *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, 1970, 118. Secondo CASSETTA, *Illecito amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubb.*, vol. VIII, Torino, 1993, 89 e ss-, nelle sue conclusioni è illecito amministrativo quel comportamento antigiuridico e colpevole cui, a differenza dell'illecito penale, è collegata una sanzione amministrativa prevista da legge statale o regionale ed irrogato di regola da una autorità amministrativa.

amministrazione a differenza della sanzione penale che, invece, è a tutela dell'ordine sociale generale.

Se questo era ed è il pensiero della dottrina amministrativista, anche secondo la scuola penalista, tutt'ora seguita dalla maggioranza dei giuristi, in particolare, l'unico criterio per identificare i reati è dato dal nome delle pene principali, per cui quando la legge prevede la comminazione nel caso specifico delle pene pecuniarie e cioè di una multa o di una ammenda ci troveremmo in presenza di un reato, mentre sanzioni pecuniarie non designate come tali e cioè come multa o come ammenda avrebbero la natura di sanzioni amministrative.³¹

Anche il Governo è intervenuto dando indicazioni al legislatore, affinché si attenga ad alcuni criteri per la scelta fra sanzioni penali e sanzioni amministrative, dimostrando con questo di aderire alla tesi di tipo formale, illustrando, infatti, quali siano i motivi tecnici che possono indurre ad una preferenza per la sanzione amministrativa piuttosto che ad una sanzione penale.³²

³⁰ SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Vol. I, Napoli, 1984, 170, in sostanza la qualificazione della sanzione come amministrativa o penale da parte del legislatore dipenderebbe dall'interesse da tutelare che coinciderà con l'interesse della società civile se rientriamo nel campo penalistico oppure coinciderà con un interesse più particolare di un settore amministrativo connesso all'esplicazione di una particolare funzione riconosciuta propria del settore amministrativo (esempio classico è la funzione finanza), se ci riferiamo alla sanzione amministrativa.

³¹ MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, 4° ed., Milano, 2012, 163.

³² Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983 (pubb. in G.U. n. 22 del 23 gennaio 1984, sup. ord.) dà gli orientamenti a fini legislativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative: lo scopo delle indicazioni governative non è quello di eliminare la discrezionalità legislativa nella scelta dello strumento sanzionatorio, ma quello di orientare il legislatore, affinché nell'esercizio della discrezionalità segua parametri costituzionalmente corretti che si ispirano sostanzialmente a due principi concorrenti, quello di proporzionalità e quello di sussidiarietà.

Secondo il principio della proporzionalità la reazione all'illecito corrisponde alla gravità dell'offesa ed al rango dell'interesse tutelato che vede protetti in modo particolare interessi costituzionali di rango primario (quali ad es. la sicurezza pubblica). Rispetto alla gravità dell'offesa si tiene conto della lesione o della messa in pericolo diretto o di pericolo indiretto causato al bene giuridico protetto.

Secondo il principio della sussidiarietà, infine, il ricorso alla sanzione penale è l'ultima *ratio* nel senso che il legislatore deve ricorrere ad essa solo in mancanza di tecniche del controllo sociale provviste di un analogo grado di efficacia.

La scelta legislativa deve comparare le due possibilità della sanzione penale e della sanzione amministrativa sia sotto l'aspetto della tutela preventiva e repressiva in rapporto all'illecito considerato.

Lo stesso legislatore con la legge 24 novembre 1981, n. 689, individua criteri per la scelta fra la figura dell'illecito amministrativo ed il reato in rapporto alla diversa efficacia delle rispettive sanzioni come

Accanto ad autori che propugnano tesi di tipo formalistico³³ vi è stato, però già in passato, un isolato autore fautore della tesi di tipo sostanzialistico – finalistico, basata sulla diversità funzionale delle due sanzioni considerate: la sanzione penale sarebbe un mezzo per l'osservanza del diritto (sanziona precetti di legge), mentre quella amministrativa è finalizzata al raggiungimento dei fini dell'attività amministrativa ed assicura, quindi, lo svolgimento dell'attività amministrativa.³⁴

In sostanza la sanzione è amministrativa quando è prevista dal legislatore per la tutela di interessi amministrativi.

mezzi di controllo sociale e permette anche di individuare alcune modalità di previsione dell'illecito amministrativo in relazione anche alla quantificazione della relativa sanzione sotto il profilo della entità, affinché l'entità stessa sia mantenuta entro limiti non eccessivamente onerosi per non frustrare il significato della sanzione stessa in conseguenza dell'insolvibilità del trasgressore per impossibilità ad adempiere (se non si tiene conto della situazione economica dell'obbligato).

³³ Fra gli altri, come sopra evidenziato, è opportuno ricordare ancora, Casetta, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in *Le sanzioni amministrative – Atti del XXVI Convegno promosso dalla Amministrazione provinciale di Como*, Milano, 1982, 45 ss.: secondo il quale le diverse forme di illecito si distinguono fra loro per legge ed è quindi il criterio formale il criterio che determina tale distinzione non potendosi rinvenire elementi che si differenziano sulla base di criteri ontologici o sostanziali.

Vassalli, *Potestà punitiva*, (voce) in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, par. VIII, Milano, 1985, 793, 799, 800: la sanzione amministrativa è la reazione all'illecito amministrativo generale, la sanzione penale corrisponderebbe, invece, a fatti qualificati dalla legge come reati. Per tale autore, dunque, la distinzione fra le due tipologie di illeciti, secondo l'ordinamento del 1985 anno della sua riflessione, non avviene in base a criteri di ordine sostanziale, ma di ordine nominalistico (quindi in base al nome delle relative sanzioni: se la pena è una di quelle previste dal codice penale anche se di contenuto pecuniario come ad es. la multa o l'ammenda, la violazione deve considerarsi reato, altrimenti si rientra nel campo degli illeciti amministrativi). Se poi non è possibile ricorrere al criterio sopramenzionato del "*nomen iuris*" fissato dalla legge, soccorre il criterio della giurisdizione come decisivo per riconoscere l'esistenza di un reato o di un illecito amministrativo. La materia penale è devoluta infatti all'apposita giurisdizione penale.

³⁴ Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive, Volume I, Parte generale*, Napoli, 1925, 111 - 112.

Secondo tale autore del resto nella sua opera, *Le sanzioni amministrative, op. cit.*, 38 e ss. "sono pene amministrative e non sanzioni penali tutte quelle la cui applicazione è dalla legge riservata all'autorità amministrativa" con la sottolineatura che "la competenza e la procedura non sono cosa puramente formale, ma attengono alla natura e sostanza del rapporto". Dello stesso parere è anche Benvenuti, *Autotutela* (diritto amministrativo), in *Enc. del diritto*, vol. IV, 1959, 537 e ss., secondo il quale le sanzioni amministrative sarebbero espressione dell'autotutela dell'Amministrazione, dove per autotutela intende "quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese".

Sotto questo profilo, tuttavia, smentisce l'assunto la particolare posizione delle Autorità amministrative indipendenti, che hanno una funzione neutra, di estraneità ed indifferenza rispetto agli interessi coinvolti³⁵ ed il cui apparato sanzionatorio, quindi, è neutrale rispetto ai fini amministrativi implicati, perché finalizzato a tutelare interessi superiori generali di rilievo addirittura costituzionale, quali, ad esempio, a titolo esemplificativo, il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, l'obiettività dell'informazione ed il diritto di manifestazione del pensiero e la libertà di concorrenza. Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti, infatti, non sono altro che sanzioni amministrative, che in alcuni casi sono anche particolarmente gravose.³⁶ La maggior parte degli autori,³⁷ però, continua a ritenere che la diversificazione dell'illecito amministrativo rispetto all'illecito penale o a quello civile dipenderebbe da

³⁵ Le autorità amministrative indipendenti hanno, infatti, come caratteristiche comuni la terzietà, e l'autonomia, dove la terzietà può essere definita come posizione soggettiva *super partes* nei confronti dei soggetti interessati e dove il concetto stesso di indipendenza presuppone la libertà dell'organo da vincoli imposti da qualsiasi potere, così come quelli di neutralità e terzietà presuppongono la totale estraneità rispetto agli interessi in gioco, così come ritiene CROCCO, *Le autorità amministrative indipendenti di regolazione e vigilanza dei mercati, Lineamenti di diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 2012, 70 – 73. Del resto come ricordano CIRILLO - CHIEPPA, *Le autorità amministrative indipendenti, Trattato di diritto amministrativo*, (diretto da SANTANIELLO), Vol. 41, Milano, 2010, 9, 27, 28, le nuove Autorità hanno il compito principale di tutelare e proteggere interessi costituzionalmente rilevanti che potrebbero essere compromessi o comunque messi in pericolo dalla presenza di gruppi politici ed economici e che trovano proprio in esse, in quanto in posizione di terzietà, neutralità – indifferenza, professionalità e tecnicità, equilibrio e composizione. Il concetto di neutralità, in particolare, è da intendersi come indifferenza rispetto agli interessi in gioco. Le ragioni che giustificano la loro creazione, infatti, risiedono nell'attribuzione ad esse di funzioni neutrali regolatorie di tutti gli interessi coinvolti, sia pubblici che privati, senza alcuna pressione o condizionamento politico e senza alcuna prevalenza dell'interesse pubblico nella classica comparazione degli interessi propria dell'esercizio della discrezionalità amministrativa.

³⁶ Secondo CLARICH, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, (a cura di FRATINI), Presentazione, Padova, 2011, le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti sono il terreno privilegiato per analizzare il tema delle sanzioni, poiché le autorità indipendenti costituiscono quasi una deroga al principio della separazione dei poteri che guida gli ordinamenti costituzionali di tipo liberal democratico, dal momento che sono investite di ampi poteri regolamentari, poteri normativi di rango sub legislativo e poteri quasi giurisdizionali. Infine sotto il profilo procedurale di irrogazione delle sanzioni derogano in molti casi dalle disposizioni della legge n. 689 del 1981, rendendo inapplicabili, ad esempio, istituti quali l'oblazione prevedendo forbici molto ampie fra i minimi ed i massimi edittali ecc. Insomma le autorità amministrative indipendenti possono essere considerate, a dire dell'autore, in qualche modo, un ambiente privilegiato per la sperimentazione di modelli innovativi di esercizio del potere sanzionatorio che forse potrebbero stravolgere il concetto classico e tradizionale di sanzione amministrativa.

una scelta formale³⁸ di diritto positivo e dal tipo di sanzione posta a sua tutela e non di tipo sostanziale. In sostanza la qualificazione dell'illecito discenderebbe sia dalla natura della sanzione che l'ordinamento prevede per la sua repressione, la natura della sanzione dipenderebbe, tuttavia, dalla legge che ha facoltà di riservare all'autorità amministrativa o penale determinate sanzioni e sarebbe compito a fini dei conti del legislatore individuarne e qualificarne la natura. In pratica, quindi, "sono sanzioni amministrative e non pene penali quelle riservate dalla legge all'autorità amministrativa".

La scelta del tipo di sanzione sarebbe affidata alla politica legislativa, legata alla efficacia della misura repressiva e non necessariamente ancorata ad una scala di valori costituzionali, che per la tutela dell'ordine economico è più efficacemente assicurata con strumenti di reazione amministrativa piuttosto che con sanzioni penali.³⁹

E quest'ultima opinione è condivisa anche recentemente, seppur permane l'opinione di una certa fungibilità fra le stesse.⁴⁰

Infine merita di essere accennata un'ultima interessante tesi sostenuta da un altro studioso,⁴¹ che contesta la tesi minoritaria di approccio sostanzialistico, secondo il quale la distinzione fra illecito amministrativo ed illecito penale che si basa su un approccio meramente sostanzialistico o formale non è risolutiva, dal momento che l'approccio alla corretta qualificazione deve partire dalla ricerca delle cause che vada alla base giuridica del fenomeno.

Il punto di partenza sta nella considerazione che l'ordinamento giuridico è generale sebbene suddiviso in settori, fra cui appunto quello amministrativo e la funzione sanzionatoria nelle sue varie forme (civile, amministrativa, penale) ha in ogni caso l'unico obiettivo di dare effettività all'ordinamento giuridico stesso per cui si può

³⁷ ZANOBINI, *Rapporti tra il diritto amministrativo ed il diritto penale*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 140, 141.

³⁸ Secondo un altro autore DELITALIA, in *Diritto penale*, (voce) *Enciclop. del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, 1095, 1096 ss., l'unico elemento che garantisce una sicura distinzione fra sanzione penale e sanzione amministrativa è il "nomen iuris" ed al criterio sostanziale si ricorre solo per distinguere le sanzioni civili da quelle penali, perché le prime avrebbero carattere satisfattorio e ripristinatorio, mentre quelle penali avrebbero carattere afflittivo e repressivo.

³⁹ FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 960, 961.

⁴⁰ CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 173: "le sanzioni penali ed amministrative sono fungibili, entrambe hanno analoga finalità di prevenzione generale e speciale di illeciti e questo spiegherebbe una certa affinità di regime".

⁴¹ PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, op. cit., 161 e ss.

definire la sanzione come genere e le varie sanzioni amministrative, penali o civili come manifestazioni dell'unico potere sanzionatorio, anche se tale classificazione non è ancora idonea a consentire la corretta qualificazione giuridica delle varie sanzioni.

La risposta di questo giurista al problema della distinzione fra le tre specie sta nel riconoscimento di una sorta di “valenza funzionale” di ciascuna delle tre specie, che per quanto concerne in particolare la sanzione amministrativa, consiste nel garantire il perseguimento dell'interesse pubblico cui è finalizzato il potere amministrativo ed è in questa peculiarità che si riscontra l'elemento primario di differenziazione dalla sanzione civile e da quella penale.⁴²

Tuttavia si potrebbe obiettare che l'interesse pubblico si persegue anche con lo strumento sanzionatorio penale, se è possibile considerare come interesse pubblico anche l'interesse dello Stato al mantenimento di una pacifica convivenza sociale o secondo le più moderne teorie come l'interesse della comunità alla propria salvaguardia ed al proprio benessere sociale ed economico. Dopo il Trattato di Maastricht ed il Trattato di Amsterdam (legge 16 giugno 1998, n. 209) e la deregolamentazione che consegue al processo di integrazione europea, infatti, cambia lo stesso volto della pubblica amministrazione e la conseguente nozione di potere e interesse pubblico.

La sola distinzione possibile, quindi, a parere di chi scrive, fra le specie penale ed amministrativa potrebbe stare unicamente nella scelta dei valori di base da tutelare, considerando, però, che l'approccio sanzionatorio deve porre al centro l'uomo e la sua umanità e non altri interessi sociali o economici. L'illecito penale e la conseguente sanzione nella sua invadenza, incisività e soprattutto pregnante afflittività, infatti, dovrebbero rimanere l'estrema *ratio* per fatti estremamente gravi, cosa che oggi non è più possibile affermare, perché accanto alle spinte di depenalizzazione, infatti, è emersa anche la tendenza alla creazione artificiale di microcriminalità non naturali legislative rispondenti unicamente ad esigenze patrimoniali a tutto discapito di principi e retroterra assiologici incentrati sull'uomo e in contrasto con le tradizioni culturali, filosofiche secolari che a partire da Kant vedevano l'uomo come fine e non come mezzo, così come anche la stessa reazione dello Stato ad illeciti “irrilevanti” appare molto spesso sproporzionata sotto il profilo della afflittività soprattutto sotto l'aspetto economico e con intenti tutt'altro che sanzionatori preventivi o rieducativi.

Tali considerazioni testé compiute, merita di essere osservato, sono frutto di una precisa scelta di esaminare unicamente la tipologia di sanzione che più è affine alle sanzioni

⁴² PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, op. cit., 166 – 185.

penali, cioè la sanzione amministrativa punitiva, perché lo esige il tema della presente ricerca. Tuttavia per ragioni di completezza espositiva merita di essere almeno menzionata anche la tipologia sanzionatoria amministrativa di tipo riparatorio, che avvicina tale categoria alla “sanzione” del risarcimento del danno di tipo civile. Tale tipologia è volta a conservare o ripristinare il bene o l’interesse dalla violazione attenuando o eliminando le conseguenze di questa. Attraverso questa il legislatore mira a tutelare un interesse specifico della pubblica amministrazione e non, come nelle sanzioni amministrative punitive, un interesse generale.⁴³

4. La definizione di sanzione secondo la giurisprudenza delle Corti europee

Se questo è stato in sintesi il dibattito all’interno delle dottrine amministrativistica e penalista, dibattito che assai spesso difficilmente ha avuto valenza al di fuori dell’ambito accademico, il presente momento storico caratterizzato dalla sempre maggior invadenza delle Corti europee ossia la Corte di Giustizia della Comunità Europea (di seguito denominata per brevità CGCE) e la Corte europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (per brevità Corte EDU) negli ordinamenti interni, ha comportato un ripensamento ed una ridefinizione di fondamentali categorie giuridiche appartenenti anche al nostro ordinamento, fra cui anche quelle dell’illecito penale e dell’illecito amministrativo, ma anche disciplinare.

Si è parlato a questo riguardo di incertezza delle regole e di frode delle etichette e questo problema, comunque, pare non riguardi solo il diritto italiano, ma è un problema che concerne anche tutti gli altri Stati aderenti alla Convenzione.

Anche il diritto comunitario positivo ha cercato già da tempo di individuare gli elementi essenziali che caratterizzano il diritto penale. Secondo la dottrina⁴⁴ nel diritto comunitario si ricerca la potestà punitiva in senso stretto come competenza normativo – penale positiva ed essa riguarda il momento della determinazione dei fatti illeciti e delle relative sanzioni con massima attenzione all’interesse tutelato (bene giuridico), alla lesione ed alle relative modalità (dunque al precetto) e dall’incidenza della sanzione su

⁴³ Per una completa trattazione della stessa vedasi BERNARDI - ZODA, *Depenalizzazione profili teorici e pratici*, op. cit., 68, 69.

⁴⁴ RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea, Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, 7 – 15.

importanti beni dell'individuo quali ad esempio in particolare, ma non solo, la libertà personale, a scopo di prevenzione negativa e/o positiva generale e speciale.

Così viene preso in considerazione il settore penale – amministrativo che comprende le previsioni sanzionatorie punitive con finalità di prevenzione generale e contenuto afflittivo minore aventi contenuto patrimoniale collegate a precetti che riguardano beni e modalità di lesione ritenuti meno importanti di quelli inclusi nella sfera penale criminale.

Anche nel diritto penale comunitario vi è, dunque, la consapevolezza che la distinzione fra illecito penale e penale amministrativo e delle relative sanzioni è individuabile in tutti i sensi con riferimento ad irrinunciabili definizioni e distinzioni c.d. formali per il quale il criterio nominalistico contribuisce a far riconoscere il regime e quindi la natura e lo scopo delle previsioni sanzionatorie.⁴⁵

La Corte EDU,⁴⁶ tuttavia, ha inaugurato già a partire dagli anni Settanta ed Ottanta una nuova interpretazione sostanzialistica⁴⁷ che, come evidenziato precedentemente era già

⁴⁵ Tuttavia è bene osservare che come testualmente richiama MARCOLINI, *La prescrizione del reato fra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, (nota a CGUE, Grande sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco) Statutes of Limitation between Law and Trial: From the Substantive Rule of Law of Legality to the Procedural One (Note to the ECJ, Grand Chamber, 8 September 2015, C-105/14, Taricco), in *Cassazione Penale* 2016, 362 - 374: (...) Individuata quindi la competenza comunitaria nel caso di specie, va poi chiarito che la nozione di “diritto penale” ai fini comunitari è la medesima di quella ricavabile dal circuito CEDU. L'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali UE (di seguito CDFUE), rubricato “Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene”, rappresenta una copia quasi letterale dell'art. 7 CEDU; e per riempire di contenuto materiale le statuizioni di principio della Carta (non solo l'art. 49) il legislatore comunitario ha utilitaristicamente previsto, all'art. 52 della medesima, un rimando ai corrispondenti diritti sanciti dalla CEDU: «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa» (art. 52, par. 3, CDFUE)

⁴⁶ Sentenza della Corte EDU Engel c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, in www.duitbase.it/database. Interessante leggere la motivazione della sentenza ove si legge il perché la sanzione debba essere qualificata come penale piuttosto che disciplinare: “se gli Stati contraenti potessero qualificare a loro modo una infrazione come di natura disciplinare piuttosto che come penale (...) l'operatività delle disposizioni fondamentali degli articoli 6 e 7 si troverebbe subordinata alla loro volontà sovrana. Un'ampiezza così estesa rischierebbe di condurre a risultati incompatibili con lo scopo e l'oggetto della Convenzione.”

⁴⁷ NOTARGIACOMO, *L'illecito penale e illecito amministrativo: c'è ancora spazio per il doppio binario sanzionatorio?*, Nota a sentenza, Cassazione penale, 15 ottobre 2013, n. 5906, sez. III, Cassazione

stata anticipata da Tesouro, degli istituti giuridici delle sanzioni penali ed amministrative, come reazioni ai rispettivi illeciti, elaborando tre indici/criteri in base ai quali riconoscere la natura sostanzialmente penale di fattispecie e, dunque, delle corrispondenti sanzioni, al di là del *nomen iuris* formalmente attribuito dal legislatore. Tali criteri, detti criteri di Engel (“*Engel criteria*”)⁴⁸ che sono stati elaborati anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea sono: 1) la qualificazione giuridica della misura⁴⁹ (*nomen iuris*); 2) la natura della misura o dell’illecito,⁵⁰ 3) il grado di severità della sanzione.⁵¹

Tali criteri, dunque, devono essere tenuti presenti qualora vi sia un dubbio nella classificazione della natura di una fattispecie e quindi della relativa sanzione se penale, amministrativa, ma anche disciplinare.

Penale 2015, 1, 279. E ciò quanto meno a partire dalla sentenza Engel e a. c. Paesi Bassi, 23 novembre 1976. Sul punto, cfr. per tutti BERNARDI, art. 7, in BARTOLE - CONFORTI - RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2001, 256 ss., 271 ss.; M. DEL TUFO, *Il diritto penale italiano al vaglio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del giudice interno*, in *Crit. dir.*, 2000, p. 457 ss. Ma anche GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro Amministrativo - T.A.R. (II)* 2013, 04, 1228, nota a sentenza T.A.R. Lazio Roma, 21/01/2013 n. 682, sez. III, paragr. 2 che testualmente ribadisce quanto già espresso in precedenti opere: „Il concetto di illecito penale (così come di determinazione dei diritti civili), quindi, specie per evitare facili elusioni, ha acquisito carattere sostanzialistico ed « autonomo » rispetto a quello proprio dei vari ordinamenti nazionali . Le garanzie che si ricollegano alla materia penale, così, non sono lasciate alla forma della reazione sanzionatoria prescelta da un dato ordinamento, ma dipendono dalla sostanza della misura, così evitando in radice tentazioni di (facile) rimozione della realtà attraverso la apparenza.“

⁴⁸ PALIERO, “*Materia penale*” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” ad una svolta radicale, nota a Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894.

⁴⁹ & 82: ... (...) It is first necessary to know whether the provisions defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently”).

⁵⁰ & 82: “ (...) The very nature of the offence is a factor of greater import”);

⁵¹ & 82: (...) The degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the criminal sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental.

Il primo criterio è quello ritenuto meno rilevante e costituisce solo un punto di partenza per la corretta qualificazione della fattispecie, visto che negli ordinamenti nazionali si tratta di una classificazione per lo più formale.

Per la Corte EDU è irrilevante la qualificazione data dagli Stati,⁵² tuttavia tale criterio è sufficiente e decisivo “*one way only*”, qualora lo Stato stesso definisca la fattispecie come penale, perché le garanzie di cui agli articoli 6 e 7 della Convenzione, nonché dell’articolo 4, par. 1, del Protocollo addizionale n. 7 alla CEDU,⁵³ in questo caso scattano indipendentemente dalle sostanziali caratteristiche dell’illecito e della sanzione. *La ratio* per cui la Corte EDU è intervenuta più volte e con forza nella definizione della “materia penale”, infatti, è quella di evitare che i cittadini degli stati europei siano privati delle garanzie e delle tutele previste dalla Convenzione (e cioè quindi che le previsioni degli stati membri non violino gli articoli 6 e 7 della CEDU)⁵⁴ solo per il fatto che i loro diritti nazionali qualificano un illecito come amministrativo o come disciplinare piuttosto che come penale ed è un modo anche per superare ed armonizzare le differenze ordinamentali tra i vari Paesi membri del Consiglio d’Europa.⁵⁵ Tale

⁵² CEDU, Adolf c. Austria, 26 marzo 1982, ricorso n. 8269/78, par. 30: “Ces notions doivent s'entendre comme revêtant une portée autonome dans le contexte de la Convention, et non sur la base de leur sens en droit interne... La législation de l'Etat défendeur entre certes en ligne de compte, mais elle constitue un simple point de départ...”. Così come richiamata da ZACCONE e ROMANO, *Concorso tra sanzioni penali e sanzioni amministrative: le fattispecie di cui agli artt. 185 e 187 ter, TUF alla luce di una recente sentenza della Corte di Strasburgo*, nota alla sentenza Corte europea diritti dell’uomo, 04/03/2014, n. 18640, sez. II, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2014, 04, 149 e ss.

⁵³ Testualmente. “Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato (diritto a non essere giudicato o punito due volte).”

⁵⁴ Secondo RIZ, *Le sanzioni pecuniarie amministrative e l’ordinamento penale*, in *L’illecito penale amministrativo - verifica di un sistema*, Convegni giuridici e ricerche, Padova, 1987, 184 ss., la Corte dei diritti dell’uomo di Strasburgo con in particolare la sentenza Öytürk, ha statuito che anche le sanzioni pecuniarie amministrative, se hanno natura afflittiva, devono osservare le regole sancite dall’ordinamento internazionale e soggiacere ai principi sanzionati dall’articolo 6 della Convenzione, sottolineando che “non è la collocazione della norma, ma la natura e la entità della pena che sono determinanti per vedere se siamo o non siamo nell’ambito penale.” “Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 of the Convention, criminal in nature”.

⁵⁵ CEDU, Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009, ricorso n. 10249/03, par. 104: Il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoires. Si la Cour n'adoptait pas une approche dynamique et

problema, infine, non ha solo una rilevanza meramente processuale, ma è fondamentale anche dal punto di vista penale “sostanziale” per l’applicazione di alcuni principi, quali ad esempio il principio di colpevolezza⁵⁶ e quello di legalità.

Per Corte EDU d’altro canto, la frode etichette si riscontra anche quando un istituto è qualificato come appartenente al diritto processuale, mentre in realtà, sempre in ragione della severità della misura, appartiene al diritto sostanziale con tutte le conseguenze anche in merito al fattore temporale ed in termini di prescrizione.⁵⁷

évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute forme ou amélioration”. Sul principio di effettività delle garanzie e sull’approccio dinamico-evolutivo, v. anche, tra le tante, CEDU, Artico c. Italia, 13 maggio 1980, ric. n. 6694/74, e Id., Stafford c. Regno Unito, 28 maggio 2002, ric. n. 46295/99, par. 68, così come richiamata da ZACCONE - ROMANO, *Concorso tra sanzioni penali e sanzioni amministrative: le fattispecie di cui agli artt. 185 e 187 ter, TUF alla luce di una recente sentenza della Corte di Strasburgo, op. cit.*

⁵⁶ Della necessità di una imputazione soggettiva (dolosa o colposa) del fatto è convinta la Corte costituzionale con la nota sentenza 23 – 24 marzo 1988, n. 364 che ha affermato che non può esservi responsabilità oggettiva pura in materia penale. Ultimamente tale concetto è stato ribadito anche dalla giurisprudenza comunitaria ed in specifico dalla sentenza Sud Fondi srl e a.c. Italia 20 gennaio 2009, ricorso n. 75909/01. Una parte della dottrina contesta, però, tale presa di posizione sulla base di quanto disposto dall’articolo 42 del codice penale che ammette in casi eccezionali tale tipo di responsabilità, nonostante questo contrasti evidentemente con i principi cardini del sistema penale di colpevolezza e di personalità dell’illecito di cui all’articolo 27 della Costituzione.

⁵⁷ Secondo MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, (Nota a CGUE, Grande sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco) Statutes of Limitation between Law and Trial: From the Substantive Rule of Law of Legality to the Procedural One (Note to the ECJ, Grand Chamber, 8 September 2015, C-105/14, Taricco), *op. cit.*, 362 – 374, secondo il quale testualmente: „dalla complessa vicenda “Scoppola” si è poi imparato, tra le altre cose, che alla diminuzione di un terzo per coloro che vengono condannati in esito a giudizio abbreviato (art. 442, comma 2, c.p.p.) deve riconoscersi non natura processuale, come la collocazione topografica della norma potrebbe portare a credere, bensì sostanziale, perché impinge sul trattamento sanzionatorio finale. La Corte EDU ritiene espressamente che l’art. 442, comma 2, c.p.p. contiene norme relative alla severità della pena da infliggere a seguito di condanna per un reato e ricada, quindi, nell’art. 7, par. 1, CEDU. Per una lettura ed un studio della vicenda Scoppola vedasi, *Corte europea diritti dell’uomo, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia*, in *Cassazione penale*, 2010, 832, con nota di ICHINO. Lo stesso autore del resto prosegue ritenendo che: „l’ambito del diritto penale sostanziale definito dal legislatore nazionale non coincide affatto con quello convenzionale, essendo segnatamente il secondo più ampio del primo: nel caso “Sud Fondi”, la nozione convenzionale sconfinava nel diritto amministrativo sanzionatorio; nel caso “Scoppola” nel campo processuale penale. Quindi continua affermando che: „A quest’ultimo proposito, quindi, che il legislatore nazionale collochi un certo istituto nel codice di rito o lo etichetti come “processuale” non impedisce la sua “riqualificazione” in sostanziale ad opera della Corte EDU ai fini dell’art. 7 della Convenzione. La sentenza Taricco in commento conferma la “mobilità” del

Mentre per il primo criterio, cioè quello del “*nomen iuris*”, dunque, non ci sono particolari osservazioni da fare, sul secondo, ma, soprattutto, sul terzo criterio è necessario spendere alcune riflessioni anche alla luce del tema trattato in questa ricerca. Il criterio che si concentra sulla vera natura dell’offesa è molte volte essenziale per la corretta qualificazione della fattispecie ed è incentrato sugli interessi che va a coinvolgere se essi si possono caratterizzare come interessi di determinate categorie o invece generali, se la disposizione sanzionatoria in esame ha natura repressivo/dissuasiva oppure no, se lo scopo ovvero *la ratio* della disciplina in esame è chiaramente repressivo/preventivo oppure no.⁵⁸

La natura “penale” dell’offesa e quindi della relativa reazione si riviene, secondo la giurisprudenza CEDU, quando la norma che contiene il relativo precetto ha portata generale ed astratta e si indirizza a “*towards all citizens*”⁵⁹ e quindi “*not towards a*

confine tra diritto e procedura, benché in direzione esattamente opposta: un istituto che per inveterata tradizione il giurista nazionale, in ciò confortato anche dalla giurisprudenza costituzionale, considera di natura sostanziale – la prescrizione del reato – è invece tenuto fuori dal perimetro dell'art. 7 dalla Corte EDU (20). La nozione convenzionale appare, quindi, più ristretta di quella nazionale.

⁵⁸ Corte EDU Jussilia c. Finlandia del 23 novembre 2006 (ric. N. 73053/01), Öztürk c. Germania del 21 febbraio 1984: in particolare nella sentenza Jussilia c. Finlandia si trattava di discutere della natura di una sanzione definita dallo stato a carattere fiscale. Il fatto che lo stato membro ritenesse la maggiorazione di imposta rientrante nella legislazione fiscale è irrilevante. Il secondo criterio Engel in questo caso è stato ritenuto più importante sulla base di alcune considerazioni. Secondo la Corte il fatto che la maggiorazione di imposta applicata potesse essere considerata fondata su disposizioni generali di legge applicabili a tutti i ricorrenti ed il fatto che le maggiorazioni di imposta non tendono alla riparazione pecuniaria di un pregiudizio ma sono volte essenzialmente a punire per evitare il ripetersi di comportamenti criminali porta alla conclusione che la norma avesse carattere sia preventivo generale che repressivo e quindi in questi caratteri si poteva evidenziare la natura penale della sanzione. Cfr. sul punto GIORDANO, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja - Branca - Galgano*, DE NOVA (a cura di), *La Cedu ed il ruolo delle Corti, Globalizzazione e promozione delle libertà fondamentali*, Bologna, 2015, 1889 - 1890.

Infatti la Corte europea continua a considerare la natura dell’illecito sotto il profilo degli interessi tutelati e della portata generale del conseguente divieto e lo scopo delle sanzioni inflitte, volte essenzialmente a punire per impedire la recidiva, quali segnali inequivocabili della “penalità” della misura adottata dal diritto nazionale.

⁵⁹ Sul punto merita la riflessione sui reati a soggettività ristretta previsti dal nostro ordinamento interno che prescindono dalla generalità dei consociati per rivolgersi ad un gruppo qualificato di persone (si pensi al peculato oppure a tutti i reati contro la pubblica amministrazione compiuti dai pubblici ufficiali – reati propri).

given group possessing a special status”,⁶⁰ ha funzione repressiva e preventiva, nonché ha come fine quello di tutelare interessi generali della collettività.⁶¹

In definitiva la natura dell’illecito e quindi della relativa sanzione non sta nella qualificazione data dal diritto dello Stato che può ritenere e definire la sanzione come sanzione “amministrativa pecuniaria” e dunque non sta nel *nomen juris* della fattispecie che, pertanto, non è da ritenersi dirimente e le indicazioni che fornisce il diritto interno

⁶⁰ Sent. Öztürk, commento di PALIERO, “*Materia penale*” ed *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione classica a svolta radicale*, op. cit., 894 ss: in tale sentenza si affrontava nuovamente la problematica della distinzione fra sanzione penale e sanzione amministrativa, partendo però da un problema di tipo processuale. Il fatto riguardava un cittadino turco la cui guida spericolata aveva provocato un incidente e per questo era stato multato con 60 marchi di sanzione amministrativa. La questione riguardava essenzialmente il diritto processuale ad essere assistito da un interprete gratuitamente, ma evidentemente per parlare di processo penale si deve preliminarmente chiarire se si tratti di sanzione penale e quindi era da risolvere a monte se la sanzione comminata fosse di tipo amministrativo o penale. Anche in questo caso si sono seguiti i criteri Engel concentrando l’attenzione sulla natura dell’infrazione, esaminando ad esempio la struttura del precetto che non configura un dovere particolare, ma si colloca nell’ordinamento generale ed è indirizzato alla collettività dei consociati secondo il modello generalpreventivo tipico delle norme penali e sulla natura della sanzione (Geldbusse) che ha finalità di dissuasione e repressione. In questo caso non è stato ritenuto importante il terzo criterio quello della gravità della sanzione, dimostrando, quindi, come tali criteri sono alternativi fra loro e non necessariamente cumulativi.

⁶¹ CEDU, Öztürk v. Germany, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79, par. 53 “Le caractère générale de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffisent à établir, au regard de l’article 6 de la Convention, la nature pénale de l’infraction litigieuse”. Allo stesso modo, CEDU, Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia, 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08, par. 40 e Id., Zolotoukhine c. Russia, 10 febbraio 2009, ric. n. 14939/03, par. 55. Così anche GOISES, *Dialoghi sul procedimento per pratiche commerciali scorrette*, seminario di studio AIPPI, Roma, 17 novembre 2011, 5 e ss., dal titolo „Un’analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali ovvero la potestà sanzionatoria della Pubblica Amministrazione, alla luce dei principi dell’articolo 6 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette, che testualmente ritiene: „ Più nel dettaglio, quanto alla materia penale, come fin dal 1976 sostenuto dalla Corte di Strasburgo, con una giurisprudenza consolidata nel 1984 con la nota pronuncia Öztürk v. Germany, due sono i principali criteri sostanziali - tra loro alternativi - per la qualificazione di una sanzione come penale. In primo luogo, la natura della sanzione, ossia, in particolare, la sua retributività (in altri termini, il carattere punitivo e non risarcitorio) e la funzione preventiva (ossia di deterrente); in secondo luogo, la severità e, cioè, nel caso di sanzione pecuniaria, la significatività, del sacrificio economico imposto. La qualificazione formale che una data sanzione riceva nell’ordinamento nazionale è, viceversa, vincolante esclusivamente in senso estensivo, ossia, nell’ambito di quella che è stata felicemente definita una one-way autonomy, (solo) per affermare l’applicabilità degli artt. 6 e 7 CEDU, ove anche non siano integrati tutti i requisiti affermati dai giudici di Strasburgo, epperò la sanzione sia di carattere penale nel proprio diritto di appartenenza.

hanno un valore puramente indicativo e relativo, ma dalla valutazione in concreto effettuata, tenendo conto degli interessi generali della società che si intendono con la norma proteggere ed allo scopo sia repressivo che di deterrenza, considerando sostanzialmente se la sanzione prevista è volta a punire realmente per l'infrazione commessa e a dissuadere gli autori dal ripeterla e non volta, dunque, a riparare l'eventuale danno finanziario procurato.⁶²

La giurisprudenza della Corte EDU ha inizialmente ed anche successivamente molto insistito, in modo particolare, sul terzo criterio quello della severità,⁶³ soprattutto in caso di sanzioni pecuniarie.⁶⁴

⁶² Corte EDU, sez. II, Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia del 27 settembre 2011 (ricorso n. 43509/08), in particolare articolo 187 – ter t.u.f.: in questo caso si trattava di una sanzione amministrativa pecuniaria di 6 milioni di euro inflitta ad una società farmaceutica per pratiche anticoncorrenziali sul mercato dei test diagnostici del diabete (commercializzava test del diabete). La CEDU ha riconosciuto sulla base dei criteri stabiliti dalla sentenza Engel la natura sostanzialmente penale di tale sanzione argomentando nel senso della natura pubblicistica degli interessi tutelati (secondo criterio Engel), la finalità repressiva e general – preventiva della sanzione inflitta e della eccessiva severità della stessa. Le disposizioni delle quali è stata contestata la violazione alla società ricorrente erano, infatti, volte a tutelare la libera concorrenza del mercato e quindi volti a tutelare gli interessi generali della società e la sanzione inflitta mirava per lo più a punire al fine di evitare il ripetersi degli atti incriminati e quindi le norme avevano uno scopo sia preventivo che repressivo (analoghe argomentazioni sono contenute nella sentenza Jussilia, come sopra meglio illustrato in nota 50). In più la Corte ha considerato l'elevato importo della sanzione pecuniaria come indice del terzo criterio Engel quello della gravità che unito agli altri indici conduce alla qualificazione della sanzione come penale. Sul punto v. CORTESE – FERRARO - MANZINI, *Il Diritto Antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2014, 191, 195.

⁶³ Corte EDU Menarini Diagnostic per la severità della sanzione. Il criterio della gravità della sanzione, inteso proprio come esorbitante entità della sanzione, infatti, sembra essere rilevante non solo nel campo delle sanzioni amministrative pecuniarie sopra menzionate, ma anche per le sanzioni tributarie, per cui vengono escluse dalla materia penale e quindi non considerate di natura penale le misure di scarsa entità (sul punto vedasi anche sentenza CEDU Morel c. Francia del 3 giugno 2003, causa 54559/00 relativa a maggiorazioni di imposta del 10% non ritenuta sufficiente per attrarre le stesse nel concetto di sanzione penale nonostante una riconosciuta natura preventiva e repressiva. CIAN - TRABUCCHI, ZAGREBELSKY, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 268.; DI PIETRO, *La tutela europea ed internazionale del contribuente nell'accertamento tributario*, Padova, 2009, 19.

In senso contrario: Corte EDU Öztürk c. Germania del 21 febbraio 1984: con questa sentenza, come già accennato, i giudici di Strasburgo ribaltavano le riflessioni effettuate nella sentenza Engel, rifiutando di considerare decisiva la modestia della “Geldbusse” applicata dimostrando, dunque, che il criterio meramente quantitativo non è sufficiente per la determinazione della natura di una sanzione. Questo del resto era l'orientamento della prima ora della giurisprudenza comunitaria condiviso inizialmente anche da

Il profilo che riguarda il grado di severità della sanzione⁶⁵ concentra l'attenzione in particolare sulla finalità della norma sanzionatoria che si concretizza nell'intento repressivo e sulla capacità deterrente della stessa.

La Corte ha ribadito come il grado della severità deve essere valutato in astratto come misura a cui, a priori, la persona interessata è sottoposta e non alla gravità della pena alla fine in concreto inflitta.⁶⁶

La Corte EDU continua a ritenere il criterio della severità nel caso in specifico di un ammontare estremamente elevato di sanzione pecuniaria assolutamente rilevante ed incidente sulla reale natura e gravità della sanzione ed indice che la sanzione in questione ha natura penale e questo a prescindere che tale sanzione pecuniaria non sia convertibile in una pena privativa della libertà, dal momento che questo fatto non basta, come già affermato dalla Corte in diverse pronunce, ad escludere la sua natura penale

una parte della dottrina. In merito a questa osservazione vedasi, infatti, PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, op. cit., 919.

⁶⁴ Corte EDU Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014, ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10 in tema di *ne bis in idem* e diritto ad un equo processo: in tale caso specifico i giudici di Strasburgo sostennero che nonostante la dichiarata qualificazione amministrativa del procedimento innanzi alla Consob, le sanzioni comminate, principalmente in ragione della severità rilevante delle stesse derivante dalla loro qualificazione per l'importo in concreto inflitto ed in astratto comminabile, sono di natura penale. La Corte ha sostenuto, quindi, per ribadire la natura penale di tali sanzioni che è necessario esaminare anche le ripercussioni complessive di tali sanzioni sugli interessi del condannato e *la ratio* della disciplina che nel caso in esame era chiaramente repressivo e preventivo. Vedasi sul punto Corte di Cassazione, *Ufficio del RUOLO e del massimario Settore penale, Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: La sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens ed altri contro Italia*, 3.

Al riguardo merita di essere menzionato il tentativo da parte dello Stato italiano di impugnare la sentenza Grande Stevens dinanzi alla Grande Camera, proprio per le ripercussioni che tali affermazioni hanno sul diritto italiano interno. Tale tentativo, però, è fallito e la Corte EDU con comunicato della propria cancelleria del 8 luglio 2014 ha rigettato la richiesta dello Stato italiano che è diventata così definitiva ai sensi degli articoli 43 e 44 CEDU.

⁶⁵ Nella sentenza Engel l'attenzione è rivolta soprattutto al tema della severità della sanzione minacciata ai ricorrenti, così come anche nelle sentenze C.edu. Ravensborg c. Svezia 23 marzo 1994, C. edu. Putz c. Austria 22 febbraio 1996, C. edu. Demicoli c. Malta del 27 agosto 1991.

⁶⁶ C.edu Menarini Diagnostics S.R.l. c. Italia, n. 43509/08 del 27 settembre 2011, in www.giustizia.it con la quale appunto è stata considerata di natura penale una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro comminata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui alla l. n. 10 ottobre 1990, n. 287. In tale pronuncia è stato chiarito che "à la lumière de ce qui précède et compte tenu dumontant èlevè de l'amende infligèe, la Cour estime que la sanction relève, par sa sèvèritè, de lamatière pènale".

ogni volta che ci si trova in presenza di un ammontare particolarmente elevato, unito agli altri elementi della finalità preventiva e repressiva, tipica delle pene propriamente dette.⁶⁷

Per eccessiva severità non si può considerare, dunque, a parere di chi scrive, solo la dimensione qualitativa della sanzione o della pena.

La dimensione qualitativa a volte, infatti, è inficiata dalla dimensione quantitativa della pena/sanzione per cui una quantità di sanzione oltre certi limiti può influenzare e trasmutare la qualità della sanzione amministrativa che potrebbe risultare eccessivamente afflittiva creando un nocumento grave al patrimonio di una persona e si può tradurre in un danno sproporzionato per la persona stessa sia a livello materiale che a livello morale/psicologico.

È bene precisare che tali criteri sono definiti dalle pronunce Corte EDU alternativi e per lo più non cumulativi, per cui è sufficiente un solo criterio dei due rilevanti enunciati per qualificare la reale natura della sanzione, anche se questa posizione non è ben consolidata dal momento che la finalità di tali criteri è quella di assicurare la massima estensione delle garanzie convenzionali e quindi tali criteri possono essere considerati anche cumulativamente qualora l'analisi separata degli stessi sia tale da non chiarire la reale natura della sanzione e dunque non è da escludersi la possibilità di una valutazione unitaria che metta in rilievo il carattere afflittivo o meno della misura stessa.⁶⁸

⁶⁷ Corte EDU, sent. 4 ottobre 2007, Anghel c. Romania, Corte EDU, sent. 27 settembre 2011, Menarini Diagnostic c. Italia. Zolotoukhine, cit., par. 56; CEDU, Tomasovic c. Croatia, 25 giugno 2009, ric. n. 55759/07; Dubus, citata da ZACCONE - ROMANO, *Concorso tra sanzioni penali e sanzioni amministrative: le fattispecie di cui agli artt. 185 e 187 ter, TUF alla luce di una recente sentenza della Corte di Strasburgo*, op. cit.

Anche la sentenza CEDU 04/03/2014, n. 18640, sez. II sul caso Fiat – Ifil, Gran Stevens c. Italia, in www.giurisprudenzapenale.it, www.giustizia.it, focalizza tutta la sua attenzione sulla severità della sanzione pecuniaria. Il profilo della severità, anzi, finisce per essere addirittura decisivo. Secondo i giudici di Strasburgo infatti: «Alla luce di quanto è stato esposto e tenuto conto dell'importo elevato delle sanzioni pecuniarie inflitte e di quelle di cui erano passibili i ricorrenti, la Corte ritiene che le sanzioni in causa rientrino, per la loro severità, nell'ambito della materia penale». Di qui l'applicazione al caso concreto del volet pénal dell'art. 6 CEDU come ricorda ABBADESSA, nella sua nota a sentenza, *Il caso Fiat – Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di „pena“ e contenuti del principio „ne bis in idem“*, in *Giurisprudenza Commerciale 2014*, 546/II e ss.

⁶⁸ C. eur. Dir. Uomo, 23 novembre 2006 (ric. n. 73053/01), Jussila c. Finlandia in, www.echr.coe.int, con la quale è stata definita sanzione penale una sovrattassa imposta in via amministrativa dall'ordinamento finlandese effettuata dalla Agenzia delle entrate, ed a tale conclusione la Corte era giunta valutando che le

Infatti, in una nota pronuncia, la Corte EDU⁶⁹ ha affermato che detti criteri possono essere anche considerati cumulativamente qualora ciò sia necessario alla corretta qualificazione della fattispecie e laddove l'analisi separata di ciascun parametro non renda possibile una soluzione chiara e precisa, ma il criterio della severità è da ritenersi in ogni caso decisivo e questo concetto continua ad essere ribadito in più pronunce.⁷⁰

norme in questione, come già detto, perseguivano uno scopo preventivo e repressivo e che la sovrattassa in questione non costituiva un semplice risarcimento danni.

⁶⁹ Sentenza CEDU Grande Stevens e altri c. Italia del 4 marzo 2014, con la quale il nostro Paese è stato condannato in materia di manipolazione del mercato per violazione dell'articolo 4 prot. CEDU nonché dell'articolo 6 paragrafo 1, CEDU cioè per violazione del principio ne bis in idem (divieto di essere giudicato due volte per lo stesso fatto) e il diritto ad un equo processo.

⁷⁰ Sentenza CEDU sentenza Nykänen c. Finlandia (ric. n. 11828/11 par. 39) depositata il 20 maggio 2014 con la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo torna a pronunciarsi sull'applicazione del principio ne bis in idem. La questione processuale riguardava la corretta qualificazione della sanzione tributaria come la sovrattassa.

La corretta interpretazione dell'articolo 4 par. 7 della Convenzione richiede che la qualificazione attribuita dalla legge nazionale non sia l'unico criterio per valutarne l'effettiva natura, ma che sia necessario procedere anche ad una più attenta valutazione circa il grado di severità della sanzione e la natura della violazione. Soprattutto riguardo ai Paesi scandinavi i giudici europei hanno stabilito che l'applicazione di sanzioni amministrative e penali per la medesima infrazione tributaria contrasta con tale articolo, tutte le volte che alle sanzioni amministrative si riconosce finalità deterrente e punitiva e non meramente risarcitoria. Sul punto vedasi TENORE, *Considerazioni sui possibili (ma non operanti) riflessi della sentenza CEDU 4 marzo 2014 "Gabetti – Grande Stevens" sulla cumulabilità della sanzione disciplinare con quella penale*, in <http://www.lexitalia.it/a>, ma anche GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 2014, 337 e ss., secondo il quale "la classificazione formale ai sensi dell'ordinamento nazionale non è in alcun modo dirimente per negare l'applicabilità delle garanzie convenzionali, bastando che la sanzione sia penale per natura ovvero dotata di una relativa severità, intesa come significatività del sacrificio imposto" E tale impostazione è stata ribadita dalla sentenza Corte EDU, 14 gennaio 2014, caso n. 32042/11, Muslija v. Bosnia Herzegovina citata e commentata da STEVE PEERS, *EU JUSTICE and HOME Affairs Law*, Fourth Edition, Oxford, 2016, 222 - 248; che testualmente afferma: he Court's established case-law sets out three criteria, commonly known as the "Engel criteria" (see Engel and Others v. the Netherlands, 8 June 1976, Series A no. 22), to be considered in determining whether or not there was a "criminal charge". The first criterion is the legal classification of the offence under national law, the second is the very nature of the offence, and the third is the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. The second and third criteria are alternative and not necessarily cumulative. This, however, does not exclude a cumulative approach where separate analysis of each criterion does not make it possible to reach a clear conclusion as to the existence of a criminal charge". Insomma anche secondo tale autore è sufficiente di per sé l'elemento della gravità della conseguenza pregiudizievole, così come ribadito anche dalla stessa

L'obiettivo è quello di evitare che il grado di severità della sanzione non venga correttamente valutato e vengano di fatto eluse le garanzie della convenzione a tutto discapito della reale difesa dei diritti del comune cittadino europeo.

In conclusione si può osservare che l'attenzione della Corte EDU si è concentrata nei casi esaminati più sulla reazione al fatto illecito che sul fatto illecito medesimo e cioè sembrerebbe, a giudizio di chi scrive, che secondo i giudici di Strasburgo è il tipo di reazione dello Stato che qualifica un fatto come penale piuttosto che amministrativo o disciplinare.

Se la reazione è sproporzionata rispetto al fatto significa che il fatto stesso è implicitamente giudicato dal legislatore come particolarmente grave e quindi meritevole di una reazione importante.⁷¹

Certamente la scelta dei comportamenti penalmente sanzionati riguarda la sovranità di ciascuno Stato e la Corte non si arroga ancora il diritto di qualificare specificatamente una determinata fattispecie e si limita a riconoscere la natura penale di un'accusa a

Corte Costituzionale con la sentenza n. 196 del 2010: “la Corte europea ha attribuito alternativamente rilievo, a tal fine [ossia in vista della qualificazione di un provvedimento come sanzione penale], o alla natura stessa dell'illecito — da determinare, a propria volta, sulla base di due sottocriteri, costituiti dall'ambito di applicazione della norma che lo preveda e dallo scopo della sanzione — ovvero alla gravità, o meglio al grado di severità, della sanzione irrogata. „ Così come nella sentenza Corte EDU del 27 Novembre 2007, caso n. 21861/03, Hamer v. Belgium, dove per i giudici di Strasburgo l'ordine di demolizione di un immobile abusivo rappresenta una sanzione penale, data la sua indubbia gravità e nonostante addirittura il carattere ripristinatorio che farebbe pensare ad una sanzione amministrativa. In sostanza per tale studioso la linea della CEDU per qualificare un provvedimento come sanzione in senso stretto ovvero penale, basterebbero in sostanza due elementi: la reazione rispetto all'infrazione di un precetto e la significatività delle conseguenze negative per il destinatario. In ogni caso ribadisce lo stesso autore testualmente “occorrerebbe trasformare e rafforzare profondamente le garanzie del cittadino a fronte di ogni manifestazione di potestà punitiva, pur ove connessa con profili di cura concreta dell'interesse pubblico. La scelta per il diritto amministrativo invece che penale e lo stesso contenuto sostanziale e finalità principale dello strumento amministrativo di reazione alla violazione di un precetto non dovrebbero mai tradursi in una limitazione di quella pienezza di garanzie che la CEDU (con il suo valore di norma interposta ex art. 117, co. 1, Cost.) comunque inderogabilmente esige.”

⁷¹ Del resto si condivide in pensiero di ABBADESSA, *Il caso Fiat - Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di “pena” e contenuti del principio “ne bis in idem”*, op. cit., che ritiene il criterio della severità come chiara spia di come la giurisprudenza di Strasburgo si ponga sempre nella prospettiva del ricorrente, “guardando alla tollerabilità del sacrificio concretamente patito da questi nei suoi diritti “sostanziali” quali in particolare la libertà personale ma anche il patrimonio, prima ancora che processuali ed una volta giudicato il sacrificio di per sé eccessivo la Corte pretende il riattivarsi di tutte quelle garanzie previste dalla Convenzione”.

prescindere dalle qualificazioni interne, tuttavia la CEDU con la Convenzione si è appropriata in ogni caso del diritto di esercitare un certo controllo sia sul diritto penale sostanziale che sulla procedura penale (per cui alcuni autori hanno parlato di una competenza esclusiva della Corte europea a questo riguardo).

Se questo è il punto di vista della Corte di Strasburgo che per prima ha percorso la via sostanzialistica, anche la Corte di giustizia europea è stata chiamata più volte a pronunciarsi circa la reale natura di una sanzione ed ha elaborato dei criteri interpretativi identici a quelli affermati dalla Corte EDU, in modo particolare quando si tratta di sanzioni amministrative pecuniarie, anche se ha lasciato maggior margine di valutazione al giudice nazionale nel rispetto dei rapporti fra diritto interno e diritto dell'Unione.⁷²

5. Il parere della Corte di Cassazione, della giurisprudenza penale e della Corte Costituzionale sul concetto di sanzione: dalla tradizionale concezione formale al progressivo accoglimento dell'orientamento comunitario sostanzialistico

In merito alla qualificazione penale o amministrativa di una sanzione si è pronunciata, infine, anche la nostra Suprema Corte di Cassazione.^{73 74}

⁷² Sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson, C- 617/10 del 26 febbraio 2013, pubblicata nella *Raccolta digitale, CGUE, curia.europa.eu*: ai fini della valutazione sulla natura penale delle sanzioni tributarie vengono in rilievo tre criteri: 1) la qualificazione giuridica formale dell'illecito compiuta dal diritto interno; 2) la natura oggettiva dell'illecito; 3) la natura della sanzione prevista ed il suo grado di severità, come delineati dalla giurisprudenza europea.

Rispetto al terzo criterio, quello della gravità, meritano attenzione le conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott presentate il 15 dicembre 2011 nella causa a carico di Lukasz Marcin Bonda (C – 489/10, pubblicato nella *Raccolta digitale*) della Corte di Giustizia, secondo il quale nel valutare la severità della sanzione minacciata si deve valutare non solo se ad una misura conseguano effetti economici svantaggiosi, ma occorre procedere ad un giudizio di valore nel quale si devono considerare altri aspetti quali ad esempio se la sanzione vada ad incidere su interessi meritevoli di tutela del destinatario e fra questi pari rientrano (a mio giudizio) anche gli interessi patrimoniali, come nel caso di una ammenda così eccessiva da intaccare in maniera considerevole l'attuale patrimonio dell'interessato.

⁷³ Corte di Cassazione, Sez. VI, 13 gennaio 2014, n. 510, A.S. c. Ministero dell'Economia e delle Finanze in www.cortedicassazione.it.

⁷⁴ La stessa Corte di Cassazione, ora, infatti, non si ritiene più suprema in quanto sempre più essa deve confrontarsi non solo con la propria Corte Costituzionale, ma anche con le due massime Corti europee.

La Corte di Cassazione ha ritenuto per lungo tempo che vigendo nel nostro ordinamento interno il principio di riserva di legge in materia penale il principio di legalità avesse una portata esclusivamente formale e quindi che fosse inammissibile una interpretazione adeguatrice di tipo sostanzialistico che recepisce i criteri delle Corti europee soprammenzionati.⁷⁵ Premesso che il sistema di diritto penale italiano in effetti si fonda sul principio di stretta legalità inteso in senso formale, per cui è penale solo ciò che la legge definisce come tale (principio non solo ribadito a livello costituzionale dall'articolo 25 della Costituzione, ma anche recepito in sede di legislazione ordinaria nell'articolo 1 del codice penale) simile interpretazione rischia, però, di trasformare la più importante delle garanzie di uno Stato di diritto in una delle più palesi violazioni dello stesso,⁷⁶ se non si approfondisce la misura. Ciò che l'ordinamento con *nomen iuris* qualifica come penale o come amministrativo non è detto che lo sia.

Infatti, appare più difficile affermare la natura amministrativa di una sanzione che viene dichiarata apertamente ispirata ai criteri parapenalistici e con dichiarati intenti di deterrenza⁷⁷ e la cui soglia di tollerabilità del livello di afflittività della sanzione siano tali da non coincidere anche con la sostanza amministrativa, pur tenendo sempre presente che comunque il diritto punitivo amministrativo si propone come una variante di “serie B” del diritto penale, la cui disciplina generale (non a caso) evoca i cardini

Il giudice ora ha l'obbligo di fornire interpretazioni convenzionalmente e comunitariamente conformi, dal momento che le pronunce delle Corti hanno valore di precedente vincolante, per cui la Corte di Cassazione viene ad estendere la sua nomofilachia alla normativa europea, la cui violazione è deducibile con ricorsi ex artt. 360, comma 1, n.3 c.p.c. e articolo 606, comma 1, lett. D) c.p.p. – Sul punto vedasi CAMPEIS - DE PAULI, in *Carte e Corti europee diritti fondamentali e giustizia italiana. L'operatore nazionale fra norme paracostituzionali e sentenze normative europee nella stravolta gerarchia delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2014, 113.

⁷⁵ È nota la riserva apposta dall'Italia all'atto della ratifica dell'articolo 4 Prot. 7 CEDU del 1991 con l'intento appunto di vanificare le conseguenze della dottrina Engel e di vincolare quindi la Corte europea alla qualificazione formale degli illeciti, delle procedure e delle decisioni secondo l'ordinamento nazionale italiano. Tale riserva peraltro è stata ritenuta invalida dalla Corte per contrasto con l'articolo 57 CEDU perché riserva di carattere generale. Per un approfondimento, VIGANO', *Doppio binario sanzionatorio e ne bis idem: verso una diretta applicazione dell'articolo 50 della Carta? A margine di Corte EDU, Sez. II, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens e a.c. Italia, ric. N. 18640/10 e a. 9, in Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3 - 4, 2014, 219 e ss.

⁷⁶ NOTARGIACOMO, *L'illecito penale ed illecito amministrativo*, op. cit., 279.

⁷⁷ È del medesimo parere CESARI, *Illecito penale e tributario. Il principio del ne bis in idem alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo e di Cassazione*, in *Rivista di Diritto Tributario* 2014, 05, 89.

forti del diritto penale (per cui si osserva anche per le sanzioni amministrative una chiara componente repressiva para-penalistica), rientrando entrambe le tipologie, come descritto precedentemente, nella categoria generale del diritto punitivo inteso in senso ampio.

Inoltre, anche sotto il profilo del rispetto del principio di legalità, merita considerare il fatto, come ritiene una parte della dottrina,⁷⁸ che per il rispetto di detto principio è necessario fare riferimento non soltanto alle fonti normative tradizionali di diritto interno o internazionali, ma anche al diritto di origine giurisprudenziale come appunto le sentenze dei tribunali delle Corti Europee, superando anche la disposizione garantista di cui all'articolo 25 della Costituzione.

È necessario ed opportuno precisare, infatti, in riferimento alla posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, e quindi ai principi in esse contenuti, che l'Italia insieme con tutta l'Unione europea non ha ancora aderito alla CEDU e quindi nell'ordinamento italiano continuano a valere i principi e le modalità dettate dalla Corte Costituzionale con le celebri sentenze "gemelle" del 2007,⁷⁹ ribadite dalla pronuncia n. 80 del 2011,⁸⁰

⁷⁸ CAMPEIS - DE PAULI, *Carte e Corti europee diritti fondamentali e giustizia italiana. L'operatore nazionale fra norme paracostituzionali e sentenze normative europee nella stravolta gerarchia delle fonti*, Giappichelli, *op. cit.*, 179. Così anche LONATI, *Metodi di interpretazione della Corte EDU ed equo processo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, *op. cit.*, 245 e ss., secondo il quale le norme della Convenzione europea vivono nell'interpretazione che delle stesse viene fornita dalla Corte di Strasburgo» e che la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come «prodotto dell'interpretazione», così come ritenuto anche da Corte Cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348.

⁷⁹ *Sentenze Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007*, in www.giurcost.org, secondo le quali non vi è efficacia diretta delle norme e dei principi CEDU negli ordinamenti interni degli Stati dell'Unione Europea. Tali sentenze fanno leva sull'articolo 117, 1° comma, Cost., e con esse la nostra Corte Costituzionale ha riconosciuto il valore di fonte sovraordinata delle disposizioni CEDU rispetto alla legge nazionale in quanto vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e quindi ha riconosciuto l'obbligo dei giudici di farne applicazione. Tuttavia tali principi non avendo rilevanza diretta ai sensi dell'articolo 10 Costituzione, spetta al giudice delle leggi valutarne la compatibilità con i principi costituzionali. Tale orientamento della Corte Costituzionale è stato ribadito anche successivamente ed in modo speciale con la sentenza Corte Costituzionale 27 febbraio 2008, n. 39 e sentenza 12 ottobre 2012, n. 230, in www.cortecostituzionale.it. Sul punto vedasi per un approfondimento, SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU*, nota 5, Padova, 2012, 239. Per altri contributi significativi fra gli altri merita considerazione R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in A. Balsamo – R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 3. M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2007, 3564 ss, secondo la quale le due pronunce fissano alcuni principi fondamentali che devono essere sempre tenuti presenti. In particolare la CEDU viene qualificata come fonte ordinaria dotata di copertura costituzionale

in forza dell'articolo 117, comma 1 Cost. che "vale ad escludere il potere di disapplicazione delle leggi nazionali da parte dei giudici ordinari". Secondo tale autrice, in sintesi, il sistema CEDU non è l'Unione europea, in quanto norme internazionali pattizie vincolano sì lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, per cui "qualora il giudice comune dubiti della compatibilità della norma interna con la norma convenzionale "interposta", egli deve investire la Corte Costituzionale" della relativa questione di legittimità costituzionale", ove per norme non ci si riferisce soltanto alle disposizioni come scritte ma alle norme come interpretate dalla Corte di Strasburgo; così anche GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'articolo 117, comma 1, Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 3578; la Corte costituzionale, tuttavia, ha una certa libertà di decisione in merito alle questioni sollevate dal giudice ordinario, dal momento che come sostiene anche SCIARABBA, in *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti fra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 3583, citando la sentenza n. 348, punto 4.6, " si deve escludere che pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali, trattandosi sempre di un ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali ai sensi dell'articolo 117, comma 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione", ipotizzando che tale bilanciamento avvenga tra principi e valori "entrambi di rango costituzionale", dal momento che le norme della CEDU e le norme della Costituzione non sarebbero fra loro in un rapporto "verticale", ma "orizzontale"; così anche CALVANO, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: orgoglio o pregiudizio?* in *Giur. It.* 2008, I, 573 e ss. che ritiene in ogni caso una "sconsigliabile soluzione" la disapplicazione operata da alcuni giudici interni della legislazione italiana censurata a Strasburgo in quanto lesiva dei diritti disciplinati dalla CEDU. Il vizio di costituzionalità per violazione degli obblighi internazionali assunti dall'Italia può infatti essere accertato esclusivamente dal giudice costituzionale. Il sistema CEDU, infatti, non è un ordinamento giuridico sovranazionale ed i suoi atti normativi sono sprovvisti di efficacia diretta.

⁸⁰ Corte Costituzionale 11 marzo 2011, n. 80 in www.giurcost.org, sentenza fondamentale della nostra Corte Costituzionale che conferma di fatto l'impianto delle sentenze "gemelle" del 2007, pur dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. L'art. 6 del Trattato dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona sottoscritto il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009, stabilisce al primo paragrafo che l'«Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». La norma prosegue – per quanto interessa – prevedendo, al paragrafo 2, che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Infine, il terzo paragrafo recita che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». La Corte Costituzionale tuttavia, rispetto a tali elementi ribadisce che l'adesione alla Convenzione dei diritti dell'uomo da parte della UE è ancora in corso. In merito agli altri punti il presupposto per applicabilità della Carta di Nizza è che «la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto». Infatti l'Unione Europea non ha intenzione di ampliare le proprie

secondo la quale il giudice italiano ordinario che deve applicare una legge italiana che contrasti con un obbligo internazionale e fra questi naturalmente rientrano anche i protocolli, così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte EDU, non potrà semplicemente disapplicare la norma interna in contrasto, ma dovrà sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 comma 1 della Costituzione e quindi con la norma CEDU che dunque diverrà un "parametro interposto" di legittimità costituzionale.⁸¹

Le disposizioni della CEDU, infatti, diventano "norme interposte" nel giudizio di legittimità costituzionale in relazione al parametro degli obblighi internazionali, previsto dall'art. 117, primo comma Costituzione.⁸²

competenze. Tale concetto è espresso nell'ambito della stessa Carta di Nizza, la quale, all'art. 51, stabilisce come le disposizioni in essa contenute si applichino «alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». La Carta, dunque, non costituisce uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, così come più volte ribadito dalla Corte di giustizia, sia prima che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (tra le altre, sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU).

⁸¹ La stessa Corte Costituzionale ritiene le norme CEDU norme di rango sub-costituzionale, cioè subordinato alla Costituzione, da intendersi come tutto il testo e non solo i principi fondamentali, ma rango sopraordinato alla legge. In sostanza esse sono una fonte interposta che rende concretamente operativo il parametro costituzionale dell'articolo 117, comma 1°, cioè incontrovertibile la forza di resistenza di tali norme rispetto alle leggi ordinarie successive ed allo stesso tempo subordina le stesse al giudizio di legittimità costituzionale, qualora vi fosse incompatibilità o contrasto fra norme interne e le norme CEDU, appunto per violazione dell'117, 1° comma. Tali norme, tuttavia, devono essere intese come prodotto dell'interpretazione da parte della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Per ulteriore approfondimento al riguardo vedasi RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità fra prospettiva formale – astratta e prospettiva assiologico – sostanziale di inquadramento sistematico*, in www.forumcostituzionale.it. Per una più precisa ricostruzione di queste osservazioni vedasi anche F. MODUGNO, *Fonti del diritto*, in *D. disc. Pubbl.*, 2010, 245 – 246.

⁸² Sul punto ribadisce il concetto anche per gli aspetti processuali MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, (Nota a CGUE, Grande sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco) *Statutes of Limitation between Law and Trial: From the Substantive Rule of Law of Legality to the Procedural One* (Note to the ECJ, Grand Chamber, 8 September 2015, C-105/14, Taricco), *op. cit.*, secondo il quale testualmente: „La risposta, dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale del 2007 in poi, è ben nota: la CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte EDU, costituisce ex art. 117 Cost. fonte interposta dell'ordinamento interno, collocata al di sotto della Costituzione ma al di sopra delle leggi ordinarie. In caso di contrasto (non sanabile in via ermeneutica) tra una disposizione convenzionale ed una legge ordinaria, è necessario attivare il sindacato della Corte costituzionale, affinché questa rilevi il contrasto e

La Corte Costituzionale, del resto, in ogni caso anche in una recente celebre sentenza⁸³ ha ribadito il proprio ruolo con l'intenzione di ridimensionare in maniera definitiva la funzione della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo, dal momento che solo il giudice costituzionale può correttamente valutare in maniera sistematica i diritti coinvolti dalla norma contestata tenendo conto e bilanciando tutti i principi nazionali e sovranazionali rilevanti che sempre si intrecciano e si integrano l'un l'altro, pur riconoscendo che comunque spetta alla Corte CEDU pronunciare l'ultima parola in merito alle questioni di interpretazione ed applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli.

Il diritto europeo, infatti, (preme ed è opportuno sottolinearlo) è anche quello di matrice giurisprudenziale, così come previsto dall'art. 32 par. 1 della Conv. Eur., ai sensi del quale gli Stati membri si sono impegnati ad adeguare la propria legislazione alle norme della Convenzione nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione.

La compatibilità costituzionale deve riguardare, dunque, la norma come prodotto della interpretazione da parte anche della Corte di Strasburgo.

La Corte Costituzionale, tuttavia, distingue opportunamente il caso in cui un fatto sia già stato giudicato dalla CEDU mediante una pronuncia giurisprudenziale. Qui il

dichiarare l'incostituzionalità della legge nazionale. Nel far ciò, il giudice delle leggi mantiene però un potere di sindacato: la norma convenzionale deve pur sempre superare un previo vaglio di conformità ai principi della Costituzione (c.d. teoria dei controlimiti). L'ultima riaffermazione di tale affresco, sia pur con notevoli spunti problematici, è stata effettuata di recente dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 49 del 2015.“

⁸³ Sentenza Corte Costituzionale n. 49 del 2015, in www.giurcost.org, dove la Corte si esprime in maniera drastica rispetto al “predominio assiologico che si fonda, cioè, su un giudizio di valore della Costituzione sulla CEDU” con questo intendendo che spetta al Giudice delle leggi valutare la compatibilità di ogni norma con i principi costituzionali, difendendo, quindi, gli interessi costituzionali tutelati dalla legge censurata dalla CEDU, ma anche tutelando il proprio ruolo. È nota la recente sentenza Taricco della Corte di Giustizia europea, Grande Sezione, sentenza 8 settembre 2015, in C-105/14 contro la quale il Tribunale di Milano, ordinanza della Corte di appello 18 settembre 2015, in www.costecostituzionale.it ha sollevato la questione dei controlimiti ricorrendo alla Corte costituzionale. È noto che la teoria dei “contro limiti” è stata elaborata in Italia dalla Corte Costituzionale come estrema difesa da possibili violazioni dei principi fondamentali della nostra Costituzione da parte degli ordinamenti sovranazionali ed internazionali. La questione “dei contro limiti” in riferimento alla sentenza Taricco è stata di recente sollevata anche da Cass. Pen. Sez. III, ordinanza 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, in www.penalecontemporaneo.it, ma il dibattito in dottrina è ancora acceso.

giudice comune non potrà che dare corso alla decisione dei giudici di Strasburgo, affinché cessino doverosamente gli effetti lesivi della violazione accertata.⁸⁴

Il giudice ordinario ricorrerà, dunque, alla Corte Costituzionale unicamente nel caso in cui la norma in dubbio, secondo la pronuncia della Corte sopraccitata, non abbia a livello europeo una interpretazione consolidata.

Rimane comunque da osservare che l'accesso al Tribunale di Strasburgo non è riservato soltanto alla magistratura per i dubbi interpretativi, ma anche, per effetto della modifica

⁸⁴ Sentenza Corte Costituzionale n. 210 del 2013, in www.cortecostituzionale.it: secondo tale sentenza, infatti, "(...) le Parti contraenti della CEDU, ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione, si impegnano a dare esecuzione alle sentenze definitive pronunciate dalla Corte di Strasburgo nelle controversie nelle quali sono parti e lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico di adottare sotto il controllo del Comitato dei ministri le misure generali e/o, se del caso, individuali, per porre fine alla violazione contestata, eliminarne le conseguenze e scongiurare ulteriori violazioni analoghe... (...). Tale presa di posizione della Corte Costituzionale del resto era già stata presa dalla Cassazione nel caso *Somogyi*, Cass. Sez. I. pen., sent. 12 luglio 2006, n. 32678 (dep. 3 ottobre 2006), in www.eius.it. pronuncia che instaurava un collegamento diretto tra il giudizio di Strasburgo e quello dinanzi al giudice italiano, tanto è vero che da parte della dottrina si è parlato di un vero e proprio quarto grado di giudizio per cui il giudice italiano è vincolato dalle sentenze di condanna pronunciate a Strasburgo. Nella sentenza, infatti, è stabilito chiaramente che "le condanne di Strasburgo sono vincolanti per il giudice italiano anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato". Del resto l'obbligazione di conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo di cui agli artt. 41 e 46 della Convenzione si è evoluto in maniera tale che in presenza di determinate violazioni la riapertura o la revisione del giudizio è il frutto della sempre maggiore integrazione fra il sistema convenzionale di protezione dei diritti dell'uomo e gli ordinamenti nazionali, così come sostiene anche COZZI, in *L'impatto delle sentenze della Corte di Strasburgo sulle situazioni giuridiche interne definite da sentenze passate in giudicato: la configurabilità di un obbligo di riapertura o di revisione del processo*, in *Quaderni della Rivista Il Diritto dell'Unione Europea* (diretta da) TIZZANO – *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, (a cura di) SPITALERI, Milano, 2009, 200. Dello stesso parere è anche SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU*, Padova, *op. cit.*, 253, che richiama espressamente la sentenza Dorigo della Corte Costituzionale 4 aprile 2011, n. 113, secondo la quale "la revisione dovrà considerarsi ammissibile, in modo tale da conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'articolo 46, paragrafo 1, della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea". In sostanza sullo Stato graverebbe l'obbligo di ripristinare la situazione anteriore alla violazione accertata, e solo in via sussidiaria e residuale di concedere una equa soddisfazione alla parte lesa, cosa che a tutt'oggi però, l'Italia non è stata in grado di fare (non si è trattato di una "restitutio in integrum", ma solo di un risarcimento del danno). In ogni caso indipendentemente dalla esecuzione della sentenza CEDU, per violazione delle norme CEDU si apre un procedura di infrazione a carico dello Stato con obbligo del risarcimento e lo Stato per evitare violazioni sistematiche assumerà iniziative per adeguare la propria legislazione alle indicazioni ed interpretazioni europee."

dell'articolo 117 comma 1° della Costituzione (effettuata con legge costituzionale n. 3/2001), il comune cittadino potrà impugnare direttamente davanti alla CEDU una legge contrastante con la Convenzione senza preventivamente instaurare un giudizio comune in cui chiedere di sollevare la questione di costituzionalità. Questo fa sì che la sentenza favorevole pone il cittadino nella condizione di poter chiedere o la disapplicazione diretta della legge o la remissione alla Corte Costituzionale ex articolo 117 comma 1°.

Interessante ora è esaminare in pratica succintamente anche l'operato dei tribunali penali, alla luce di quanto sopraesposto, per verificare in concreto le recenti posizioni di alcuni giudici rispetto ai principi posti dalla giurisprudenza europea in riferimento alla qualificazione ed alla natura di una sanzione.

Da alcune sentenze successive alla famosa sentenza Grande Stevens, meglio illustrata in nota, è emerso un grande disorientamento del giudice interno sulle modalità procedurali in presenza degli *input* interpretativi della CEDU di istituti e norme interne allo stato, in apparente contrasto con la convenzione europea.

Il Tribunale di Brindisi,⁸⁵ a titolo esemplificativo, ha tentato recentemente una coraggiosa applicazione degli orientamenti di tipo sostanzialistico europei ritenendo la sanzione irrogata al caso concreto da esso esaminato non di tipo disciplinare, ma penale ai sensi degli artt. 6 CEDU e 4 protocollo CEDU, estendendo l'ambito di operatività della disposizione di cui all'art. 649 c.p.p. in tema di *bis in idem* procedurale anche nel caso in cui il medesimo fatto oggetto del giudizio penale sia già stato sanzionato in via amministrativa con decisione definitiva. È interessante rilevare il fatto che tale sentenza sottolinea che l'interpretazione data dell'art. 649 c.p.p. non contrasta con il principio di legalità di cui all'art. 25 Cost., perché una interpretazione del principio di legalità di tipo "formalistico", così come tradizionalmente ritenuta fino ad oggi dalla giurisprudenza penale, rischierebbe di ledere un diritto fondamentale. In questo caso il Tribunale

⁸⁵ Tribunale di Brindisi, 17 ottobre 2014, n. 2881, in *Dir. pen. cont.* 12 dicembre 2014, con nota di FINOCCHIARO, *Improcedibilità per bis in idem a fronte di sanzioni formalmente "disciplinari: l'articolo 649 c.p.p. alla luce della sentenza Grande Stevens.*

Si trattava del caso di un carcerato che aveva distrutto alcuni mobili presenti nella sua cella e per questo era già stato punito in via disciplinare. Il Tribunale penale ha pronunciato sentenza di non doversi procedere in base all'articolo 529 c.p.p. per improcedibilità dell'azione penale per *bis in idem* ex articolo 649 c.p.p. nei confronti di questo detenuto che per il medesimo fatto aveva già subito, appunto, una sanzione qualificata come disciplinare dall'ordinamento penitenziario italiano (legge 26 luglio 1975, n. 354. Norme sull'ordinamento penitenziario e D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230. Trattamento penitenziario), ma da considerarsi penale ai sensi della CEDU.

pugliese ha formulato il proprio giudizio senza la rimissione alla Consulta, come normalmente avviene di prassi ed è già avvenuto in altri casi.⁸⁶

Un diverso approccio a tale problematica ha avuto invece il Tribunale di Torino⁸⁷ che ha seguito una linea più prudente ed ha preferito praticare una terza via, rivolgersi direttamente alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Alcune sezioni della Cassazione, infine, merita osservarlo, hanno recentemente modificato il proprio orientamento dimostrando di aderire agli orientamenti comunitari.⁸⁸ Partendo dalla decisione della Corte europea nel caso Grande Stevens anch'esse fanno propria una concezione sostanzialistica della natura della sanzione "onde verificare se le sue caratteristiche possano incidere sulla sua qualificazione in termini assimilabili a quelli propri della sanzione penale". Secondo una sezione della Cassazione, in particolare ora, l'interprete deve guardare alla reale natura di una sanzione non qualificata come penale dall'ordinamento nazionale e per far ciò deve concentrare l'attenzione sulla finalità della stessa che non deve avere carattere meramente ristoratrice dell'eventuale danno economico patito (se la sanzione ad esempio ha carattere meramente ristoratrice di un danno la funzione di tale sanzione è tipicamente civilistica e non penalistica) e quindi deve avere carattere particolarmente afflittivo. È tale ultima caratteristica che permetterebbe di identificare una sanzione sostanzialmente penale. La Cassazione ritiene, pure, che l'interesse meritevole di protezione deve essere superindividuale⁸⁹ e la sanzione deve avere una particolare afflittività, nel senso di particolare gravità anche di tipo economico.⁹⁰

⁸⁶ Cassazione, sez. pen. ord. 15 gennaio 2015, n. 1782, in www.italgiura.giustizia.it/sncass, che ha rimesso alla Consulta, invece, disposizioni normative che prevedono applicazione di punizioni penali ed amministrative in materia di *market abuse*. La rimissione alla Consulta, come già detto, si basa sulla tesi della qualificazione delle norme della CEDU e dei relativi protocolli come norme interposte ex. articolo 117, 1° comma della Costituzione.

⁸⁷ Tribunale di Torino, sez. IV, 27 ottobre 2014, in *Dir. Pen. cont.*, 17 novembre 2014, con nota di SCOLETTA, *Ne bis in idem ed illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio alla Corte di Giustizia*.

Il caso riguardava un'ipotesi di omesso versamento delle ritenute da parte del legale rappresentante di una società in qualità di sostituto di imposta sanzionato sia in via amministrativa che penalmente.

⁸⁸ Cass. Pen. Sez. III, 14 gennaio 2015 (dep. il 20 luglio 2015) n. 31378, in www.italgiure.giustizia.it/sncass/, in materia di sanzioni per omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti.

⁸⁹ Nella sentenza Cass. Pen., Sez. III, 14 gennaio 2015, n. 31378 il Supremo giudice riteneva la sanzione di cui al reato ex art. 2, comma 1 bis, decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, di natura civile in quanto lo scopo della sanzione era quello di favorire l'emersione del lavoro irregolare con effetti ristoratrici verso

Se questi sono i più recenti, seppur timidi, orientamenti tenuti dalla nostra giurisprudenza penale sarà interessante, tuttavia, a parere di chi scrive, seguire l'evoluzione e gli ulteriori sviluppi degli stessi in futuro per verificare la tenuta dell'accoglimento di tale principio di tipo sostanzialistico nel nostro sistema giuridico e la sua compatibilità con il sistema fondamentalmente formalistico dell'intero impianto sanzionatorio penale ed amministrativo.

6. Il criterio formale come linea guida di distinzione ancora seguito dalla dottrina e dal legislatore per l'illecito amministrativo depenalizzato: limiti in ogni caso anche in campo penale alla severità della sanzione

Se tale è lo stato dell'arte in merito alla distinzione anche operata a livello delle Corti europee fra sanzione penale e sanzione amministrativa, per completezza nella esposizione, ma anche per mettere in luce che permane, comunque, a livello di dottrina ed anche normativo, almeno in alcuni campi, l'orientamento a considerare le varie distinzioni fra le modalità di reazione punitive come di tipo formale, qualche breve cenno merita la categoria dogmatica dell'illecito amministrativo depenalizzato che corrisponde a quella figura di reato di lieve entità (reati anche previsti dal codice penale o da alcune leggi speciali) che leggi recenti, ma non solo,⁹¹ fra cui la stessa legge 24 novembre 1981, n. 689, che viene ritenuta il testo base sugli illeciti amministrativi e con esso dell'illecito depenalizzato, hanno trasformato in infrazione di carattere amministrativo, assoggettandolo a sanzioni pecuniarie non penali.

l'INPS ed a tutela anche dell'interesse individuale del lavoratore e quindi non salvaguardava un particolare interesse superindividuale.

⁹⁰ Nel caso citato la sanzione veniva qualificata come civile, perché non ritenuta particolarmente afflittiva.

⁹¹ La prima legge di depenalizzazione in Italia è la legge 3 maggio 1967, n. 317 con la quale sono stati degradati in illeciti amministrativi, sanzionati con somme di denaro, tutti i reati punibili mediante la sola pena dell'ammenda, contemplati nel testo unico sulla circolazione stradale, sui servizi di trasporto merci mediante autoveicoli, quello sulla tutela della strada e sulla circolazione e nel complesso di norme dei regolamenti comunali e provinciali. Tale legge è importante, perché pone le basi di quello che sarà poi il testo fondamentale in materia di illecito depenalizzato, cioè la legge 24 novembre 1981, n. 689. Sul punto vedasi più ampiamente BERTONI – LATTANZI - LUPO- VIOLANTE, *Modifiche al sistema penale, I, Depenalizzazione ed illecito amministrativo*, Milano, 1982, 4; DE GIOIA – GARGIULO - GRAZIANO, *La depenalizzazione dei reati minori nel decreto legislativo n. 507 del 30 dicembre 1999*, Padova, 2000, 7; PEPE, *Illecito e sanzione amministrativa, op. cit.*, 60 e ss.

Tale illecito si porrebbe, secondo alcuni autori, come modello di illecito “alternativo” al diritto penale, rappresenterebbe in sostanza un *genus* di sanzioni amministrative di natura afflittiva orientato alla prevenzione generale e speciale e collegato alla riprovevolezza del fatto illecito e quindi sarebbe una sorta di “sottosistema penale” (o punitivo) che si distinguerebbe dall’illecito penale sotto il profilo non qualitativo, ma meramente quantitativo⁹² in quanto punirebbe microlesioni di beni giuridici che non giustificerebbero il ricorso alla pena⁹³, mentre altri autori⁹⁴ lo classificherebbero proprio come sistema autonomo e distinto seppur con mutuazione di alcuni principi penalistici ed altri di ispirazione civilistica.

La condotta è sempre da considerarsi illecita, cioè *contra ius*, seppur con una diversa gradazione di disvalore e ciò che è mutata è solo la natura e la valenza della sanzione qualificata dal punto di vista formale, pur tenendo ferma l’antigiuridicità e l’offensività della condotta e ciò conferma, quanto affermato in premessa da alcuni autori e già anticipato precedentemente, la sostanziale “visione unitaria” del sistema sanzionatorio legale ed il carattere afflittivo della pena, sia di quella intesa in senso tecnico, sia di quella parapenale affidata alla pubblica amministrazione.

Secondo altri autori⁹⁵ la sanzione, quale reazione a tale tipo di illecito che ne consegue, è una sanzione amministrativa pecuniaria che non “si distingue né per il suo contenuto né per la sua finalità dalla multa e dalla ammenda”. La scelta, sia a livello legislativo che a quello di irrogazione, di una tipologia rispetto all’altra farebbe riferimento al

⁹² Secondo altri autori, però, è estremamente difficile rinvenire idonei criteri qualitativi di selezione che permettano, appunto, una chiara differenziazione fra illecito penale ed illecito amministrativo, soprattutto se questo è di derivazione penale come nel caso dell’illecito amministrativo depenalizzato. Ed è per questo, secondo BERTONI –LATTANZI – LUPO - VIOLANTE, *Modifiche al sistema penale, I, Depenalizzazione ed illecito amministrativo, op. cit.*, 39, che la dottrina tedesca si era orientata verso una concezione quantitativa, ovvero mista (quantitativo – qualitativa) di distinzione fra illecito penale ed illecito amministrativo. Secondo PEPE, *Illecito e sanzione amministrativa, op. cit.*, 62 e ss., del resto “il delitto è un artificio social – politico, non un fenomeno naturale” e spetta, quindi, alla discrezionalità del legislatore la scelta ultima, a seconda dei casi ed esigenze concrete, fra sanzione penale o amministrativa, la scelta fra interessi costituzionalmente significativi o interessi costituzionalmente non incompatibili e tale criterio deve essere seguito non solo nella scelta fra la tipologia di sanzione penale, piuttosto che amministrativa, ma anche come guida orientativa delle depenalizzazioni.

⁹³ PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo, in Politica del diritto*, Bologna, n.1, 1983, 118,122, 151.

⁹⁴ SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia, op. cit.*, 148 – 150.

⁹⁵ BERTONI- LATTANZI- LUPO - VIOLANTE, *Modifiche al sistema penale, I, Depenalizzazione ed illecito amministrativo, op. cit.*, 40, 41.

livello di efficacia di controllo sociale del mezzo impiegato, per cui il parametro di raffronto non è solo ed unicamente l'effetto di stigmatizzazione che si dice proprio delle sanzioni pecuniarie penali, ma sarebbero altri i fattori connessi al concetto di efficacia, quali ad esempio la certezza della sua irrogazione o l'effettività della sanzione.

Pur essendo intervenuta la depenalizzazione, tuttavia, la sanzione della multa ed ammenda rimangono per alcuni reati contemplati dal codice penale o da alcune leggi speciali rimedio penale di tipo pecuniario di ultimo respiro.

Secondo la dottrina penalistica risalente ancora al codice Toscano del 1859 e nell'ambito della legislazione penale vigente, nell'ambito degli illeciti penali i reati si distinguono in delitti e contravvenzioni e tale distinzione non sarebbe sostanziale od ontologica, ma sarebbe, appunto, di tipo quantitativo (maggiore o minore gravità) e di tipo formale facente leva, cioè, sul diverso tipo di sanzioni rispettivamente comminate.⁹⁶

Di questo parere è anche il Governo che si è premurato di dare indicazioni allo stesso legislatore su come procedere nella scelta fra delitto e contravvenzione.

Secondo il Governo, infatti, una volta che il legislatore si sia orientato in favore della sanzione penale rispetto ad altra tipologia sanzionatoria, dopo aver tenuto conto dei principi di proporzione tra gravità dell'illecito e trattamento sanzionatorio e di sussidiarietà, per cui deve essere applicato alla trasgressione il rimedio meno dannoso per l'autore dell'illecito, purché sufficientemente efficace e deterrente, è necessario individuare i criteri di scelta fra "delitto" e "contravvenzione".⁹⁷

La distinzione, secondo le indicazioni del governo nella famosa circolare riportata in nota, starebbe nella specifica peculiarità del contenuto delle contravvenzioni che avrebbero natura prevenzionistico – cautelare, a differenza dei delitti che sarebbero improntati essenzialmente sulla repressione, codificando regole di prudenza, di diligenza, di perizia e sarebbero preordinati alla tutela anticipata e indiretta di beni giuridici di primaria importanza (es. le disposizioni in tema di circolazione stradale, di disposizioni relative all'igiene degli alimenti ecc.) o norme riguardanti la disciplina di attività soggette ad un potere amministrativo finalizzato al perseguimento di uno scopo di pubblico interesse (es. disposizioni in tema di stampa, di attività commerciali, industriali, di pubblici spettacoli, di stranieri ecc.).

⁹⁶ FIANDACA, - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 7 ed., Bologna, 2014, 165 – 168. MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale, op. cit.*, 160.

⁹⁷ Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 febbraio 1986, n. 1.1.2/17611/4.6. (criteri orientativi per la scelta fra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali) pubb. in G.U. R.I. del 18 marzo 1986, serie generale n. 64.

Oltre a ciò, tuttavia, è necessario procedere sempre anche ad una attenta valutazione in termini di gravità dell'illecito e di sufficienza dell'intervento repressivo sulla base di tutta una serie di valutazioni.

Del resto il criterio formale permette non solo la distinzione fra tipologia di illecito, ma permette anche la costruzione di una casistica grazie alla quale, in maniera ordinata, è possibile individuare i fatti illeciti con le loro caratteristiche (anche in termini di imputazione soggettiva) e le loro conseguenze in termini sanzionatori, in nome della certezza del diritto.

Sia per i delitti pecuniari che per le contravvenzioni pecuniarie rilevante, ad esempio, è appunto l'elemento soggettivo, per cui non sono ammessi provvedimenti sanzionatori in tal senso senza il preventivo accertamento dell'esistenza del dolo o quantomeno della colpa.

È lo stesso codice penale che ci permette del resto di distinguere fra delitti e contravvenzioni rimandando a distinti articoli di legge. Così è il legislatore stesso che determina l'ammontare della pena pecuniaria che oscilla fra un minimo e un massimo.

I delitti ex art. 39 c.p. sono più gravemente puniti delle contravvenzioni e sono generalmente dolosi, se la legge non prevede diversamente, le contravvenzioni, invece, hanno la peculiarità di essere indifferentemente dolose o colpose.

Sotto il profilo pecuniario la multa è la pena prevista per i delitti ai sensi dell'articolo 24 c.p. e consiste nel pagamento allo Stato di una somma variabile fra un minimo ed un massimo, così come per l'ammenda, prevista dagli articoli 18, secondo comma e 26 c.p., pena pecuniaria prevista per le contravvenzioni.

L'articolo 27 c.p. prevede, poi, che le pene pecuniarie possono essere comminate anche in misura fissa ovvero proporzionale, anche se per esse non valgono i limiti massimi generali previsti dagli articoli 24 e 26 c.p. ed in ogni caso l'ammontare della multa deve essere adeguato alle condizioni economiche del condannato.⁹⁸

⁹⁸ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale, op. cit.*, 77, anche se questa valutazione non sarebbe valida per le pene fisse. Per un approfondimento, vedasi nota che segue. Le ammende come pene pecuniarie sono previste anche nel diritto penale internazionale ed anche in questo caso sono quantificate tenendo conto delle condizioni economiche del reo. Sul punto vedasi AMATI E. ed altri, *Introduzione al diritto penale internazionale*, in *Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, Milano, 2006, 297. La commisurazione della pena in concreto, infatti, avviene secondo il sistema della *somma complessiva*, in cui fra gli altri elementi si tiene conto delle condizioni economiche del reo. Sul punto per un approfondimento MANTOVANI, *Diritto penale – parte generale*, Padova, 2015, 748.

A questo riguardo, dunque, è opportuno osservare che anche in ambito penale vi è una soglia di punibilità oltre la quale non è opportuno che il legislatore si spinga, pena l'incostituzionalità della sanzione.

In passato erano sorte delle perplessità ed erano state sollevate obiezioni in ordine alle pene fisse, sospettate persino di illegittimità costituzionale, ma la stessa Corte Costituzionale, interpellata in merito, aveva ritenuto, tuttavia, fin dal primo momento legittime tali pene,⁹⁹ salvo temperare successivamente tale suo orientamento affermando, tuttavia, che “*in linea di principio, previsioni sanzionatorie fisse non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale*” e da ciò si può argomentare che sono sospettate di illegittimità costituzionale tutte quelle sanzioni che per la natura dell'illecito sanzionato la misura della sanzione prevista appaia sproporzionata rispetto ai comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato.^{100 101}

A parere di chi scrive, dunque, anche in ambito penale si ha riguardo al grado di afflittività di un provvedimento che non deve, in ogni caso, mai superare certi limiti, dovrebbe poter essere graduabile e poter tenere conto di tutta una serie di fattori e circostanze concrete.

Per tale motivo con la riforma del 1981, legge 24 novembre 1981, n. 689 (“*Modifiche al sistema penale*”) l'ammenda e la multa sono commisurate tenuto conto anche delle

⁹⁹ Corte Costituzionale 15 maggio 1963, n. 67, in *Giur. Cost.*, 1963, 575 ha negato l'illegittimità delle pene fisse in riferimento all'articolo 27, 1° comma Costituzione, perché in realtà il disposto costituzionale non imporrebbe esigenze di personalizzazione della pena. Secondo tale sentenza, infatti, non sarebbe violata né la disposizione contenuta nel 1° comma dell'articolo 27 Costituzione né quella del 3° comma del medesimo articolo, così come non sarebbe violato neppure il principio di uguaglianza di cui al 1° comma articolo 3, perché l'adeguatezza della pena alle condizioni personali e la finalità rieducativa della pena sono comunque soddisfatte dalla possibilità lasciata al giudice di adeguamento della pena alle condizioni personali del reo ed alla entità della responsabilità penale valutandola caso per caso in modo diverso. Tale presa di posizione è stata confermata anche da successive sentenze ed in particolar modo nella sentenza n. 113 del 19 luglio 1998. Cr. Corte Costituzionale 19 luglio 1968, n. 113, in *Giur. Cost.* 1968, 1754.

¹⁰⁰ Corte costituzionale, 2 aprile 1980, n. 50, in *Giur. cost.*, 1980, 352, secondo la quale testualmente: “In linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale ed il dubbio di illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista questa ultima appaia ragionevolmente proporzionata rispetto alla intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato”; MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, op. cit.*, 556.

¹⁰¹ La pena, infatti, deve essere quanto più personale possibile, per cui, come afferma anche la Consulta, nel rispetto dei principi di giustizia e di uguaglianza la risposta punitiva dello Stato deve essere adeguata al caso concreto, così come ritiene anche GOISIS, *La pena pecuniaria: un'indagine storica e comparata, Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008, 98.

condizioni economiche del reo, aumentando e diminuendo l'entità fino ad un terzo, così come previsto dall'articolo 133 bis del c.p. qualora la sanzione anche massima fosse valutata come inefficace per le condizioni patrimoniali del trasgressore.¹⁰²

Il giudice nella determinazione della pena, dunque, valuterà, in primo luogo, la gravità del reato e la capacità a delinquere del reo ed infine le condizioni economiche considerando in primo luogo il reddito dell'autore ed i beni patrimoniali infruttiferi il cui valore superi uno standard medio.¹⁰³

Per la giusta determinazione delle condizioni economiche il giudice terrà conto anche di tutte le componenti passive facenti capo al reo, le obbligazioni pecuniarie derivanti da reato, le obbligazioni nei confronti dei famigliari, ma anche di tutti quei debiti che sono stati contratti per esigenze proprie o della famiglia.

Si tratterà, infatti, di una valutazione globale della situazione reddito – patrimoniale.

Lo scopo della pena pecuniaria sia penale che amministrativa, infatti, è afflittivo e deterrente e non può essere quindi eccessivamente mite e quindi inefficace, ma neppure eccessivamente gravoso, tale per cui, appunto, da risultare esagerato e quindi intollerabile per il reo.

Secondo la Corte di Cassazione la pena può dirsi, infatti, eccessivamente gravosa tutte le volte in cui la pena pecuniaria sia impossibile da eseguirsi oppure di “estrema difficoltà” a darvi esecuzione.¹⁰⁴

La valutazione delle condizioni economiche del reo, d'altro canto, rispetterebbe appieno i principi di uguaglianza espressi dall'articolo 3 della Costituzione, che prevede appunto di trattare in maniera differente situazioni distinte.

Da quanto sopradescritto, quindi, si ribadisce il concetto in base al quale anche in presenza di illeciti penali puniti con provvedimenti pecuniari come quelli della multa e dell'ammenda ci sono importi massimi oltre i quali in nessun caso né il legislatore né il giudice dovrebbero andare nel rispetto della proporzionalità della pena pur nell'ottica delle finalità afflittive della sanzione stessa, pena quantomeno l'incostituzionalità delle norme.

¹⁰² La valutazione delle condizioni economiche del reo non sarebbe prevista per la determinazione e l'adeguamento delle pene fisse: così sostiene la Cass. Pen., 2 ottobre 1987, richiamata da GOISIS, *La pena pecuniaria un'indagine storica e comparata, Profili di effettività della sanzione, op. cit.*, 99.

¹⁰³ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale.*, op. cit., 808 – 809.

¹⁰⁴ Cass. Sez. VI, 26 novembre 2010, n. 43444, Giordano, in CED Cassazione n. 248983; Cass. Sez. IV, 1 marzo 1994, n. 5484, Didoni, in *Giust. Pen.*, 1995, II, c. 170; MARINUCCI - DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, op. cit.*, 599.

7. L'illecito disciplinare e le conseguenti sanzioni: natura e differenze rispetto all'illecito penale e le sue caratteristiche peculiari. La natura essenzialmente contrattuale dell'illecito disciplinare

Al pari della differenza fra illeciti penali e illeciti amministrativi merita ampia considerazione la distinzione fra illecito penale ed illecito disciplinare.

Come già accennato, parte della dottrina¹⁰⁵ agli arbori della scienza amministrativista ritenne il diritto disciplinare ed il diritto penale addirittura “analoghi”.

Le norme disciplinari venivano considerate parte del diritto amministrativo che al pari delle norme penali prevedevano come conseguenza della infrazione la comminazione di un male: la sanzione disciplinare appunto.

La distinzione fra le une e le altre non sarebbe stata nello scopo, però, che era identico e sarebbe consistito sostanzialmente nella coercizione psicologica e difesa sociale, ma, secondo la maggior parte dei giuristi amministrativisti ancora una volta, nella volontà espressa dalla legge^{106 107} che le dichiara tali.

Le sanzioni disciplinari, tuttavia, dovevano essere collocate in un particolare contesto che è quello lavorativo e nel caso nel pubblico impiego, ciò comportava anche l'esistenza di un rapporto di supremazia speciale da cui derivavano alcuni vantaggi e la pena disciplinare avrebbe inciso proprio su questi vantaggi.

Secondo uno dei primi giuristi che si sono occupati approfonditamente della questione,¹⁰⁸ per l'appunto, la sanzione disciplinare sarebbe “la sanzione amministrativa propria dei rapporti speciali di diritto pubblico”, avrebbe quindi natura amministrativa¹⁰⁹ e non penale ed è per questo che potrebbe concorrere con la sanzione penale.

¹⁰⁵ CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in vol. I, *Ricorsi amministrativi, giurisdizione ordinaria*, Milano, 1910, 242 - 243; PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, *op. cit.*, 52 - 55.

¹⁰⁶ Per cui si avrà illecito disciplinare solo quando una legge lo prevede, così MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, *op. cit.*, 111 e 112.

¹⁰⁷ CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, *op. cit.*, 245.

¹⁰⁸ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, *op. cit.*, 118. Dello stesso parere è anche MOR, in *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, *op. cit.*, 2.

¹⁰⁹ Dello stesso parere sono anche PALIERO - TRAVI, in *La sanzione amministrativa, profili sistematici*, *op. cit.*, 48, 49, anche se ritengono che la sanzione disciplinare abbia comunque una certa autonomia concettuale rispetto alla generalità delle sanzioni amministrative.

La pena disciplinare, in sostanza, si sarebbe distinta dalle sanzioni penali, in quanto è una pena amministrativa e la distinzione fra pene disciplinari e pene penali sarebbe facile in quanto le pene penali sono quelle previste dal codice penale, per cui saranno sempre disciplinari e quindi amministrative quelle non previste dal codice penale, anche se ciò non risulterebbe dalla esplicita determinazione dell'autorità competente ad applicarle¹¹⁰ e quindi, il criterio dirimente, secondo questa parte della dottrina, sarebbe ancora una volta quello formale.

Unica difficoltà rimaneva nel distinguere fra sanzioni penali e disciplinari pecuniarie. Rispetto a questa tipologia sanzionatoria, il citato studioso¹¹¹ ritenne che un criterio da seguire fosse quello procedurale e della autorità designata dal legislatore per applicare tale sanzione.

Se però la legge non avesse previsto nulla in merito né rispetto alla natura né sull'organo deputato a darne esecuzione sarebbe prevalente la natura disciplinare, in quanto prevarrebbe non la funzione di giustizia preventiva, ma la finalità di curare l'osservanza dei doveri di ufficio e l'inosservanza derivanti da rapporti speciali¹¹² costituirebbe, a suo giudizio, sempre un illecito amministrativo e quindi disciplinare.¹¹³

Tuttavia, secondo questo tale autore non è dalla natura del rapporto che si evince la natura della sanzione, ma è il legislatore che assegnando all'autorità amministrativa l'applicazione di una sanzione la qualifica come amministrativa, sposando, quindi, la tesi di tipo formale anche per queste fattispecie.¹¹⁴

Secondo un altro autore addirittura antecedente,¹¹⁵ invece, tale tipologia di sanzione sarebbe sempre di natura penale, anche se particolare, in quanto riguarderebbe la trasgressione di speciali doveri che sono quelli di ufficio e la distinzione fra le due tipologie di pene si fonderebbe ancora una volta sulla volontà espressa dalla legge, ma la natura penale rimarrebbe per entrambe le tipologie. In mancanza di quest'ultima

¹¹⁰ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., 119, 127.

¹¹¹ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., 128 -129.

¹¹² Alla sudditanza speciale ed al fatto che la sanzione disciplinare è dalla legge riservata alla autorità amministrativa come caratteristica che contraddistingue la sanzione disciplinare dalla sanzione penale, pur rientrando tutte nella categoria del potere punitivo in senso stretto, fa riferimento anche ARDIZZONE, (voce) *Sanzioni amministrative*, in *N.Dig. it*, Vol XI, Torino, 1939, 1084, 1098.

¹¹³ ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., 130, 131.

¹¹⁴ ZANOBINI, *Rapporti fra il diritto amministrativo ed il diritto penale*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, op. cit., 140.

¹¹⁵ CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, I vol., op. cit., 244, 246.

previsione la natura disciplinare emergerebbe ogni qualvolta si trattasse di pena a carattere pecuniario che si contenga, però, in ristretti limiti e non venisse applicata dalla giurisdizione penale ordinaria.

Quindi secondo tale studioso una sanzione disciplinare pecuniaria eccessivamente gravosa nell'ammontare potrebbe essere confusa con una sanzione penale.

Un altro autore coevo,¹¹⁶ invece, ritenne che la distinzione delle une dalle altre risiederebbe nella diversa funzione cui adempirebbero: le sanzioni penali sono reazioni a fatti vietati da un precetto di legge ed implicano sempre una funzione giurisdizionale, mentre le sanzioni disciplinari sono comminate di regola per qualunque turbamento all'ordine dei singoli rapporti che presuppongono uno speciale rapporto di vigilanza e di repressione che un soggetto, in questo caso la pubblica amministrazione, ha verso un altro soggetto a lui sottoposto e l'applicazione sarebbe espressione della funzione amministrativa. Per tale studioso, quindi, non si sarebbe potuto parlare assolutamente di una analogia fra tali tipi di sanzioni che conserverebbero, dunque, natura distinta.

Secondo un altro giurista,¹¹⁷ che contraddice il pensiero dell'illustre studioso sopramenzionato (Cammeo) e si poneva, invece, sulla scia della maggior parte degli studiosi, le sanzioni disciplinari sono pene sì assimilabili alle pene di diritto penale, ma si distinguerebbero da queste ultime per il particolare rapporto di soggezione che lega le persone alla pubblica amministrazione (in sostanza per quanto concerne la pubblica amministrazione il particolare rapporto che lega i funzionari pubblici alla P.A.) che esercita su di esse un potere non giurisdizionale, ma espressione di un rapporto che da quel particolare stato di soggezione deriva.

Si tratterebbe in sostanza di un rapporto speciale e di un potere speciale che in quanto tale non avrebbe, però, natura contrattuale e non potrebbe essere espressione neppure di un potere punitivo vero e proprio.

Caratteristica di tali peculiari pene è che colpiscono gli individui nelle qualità speciali che derivano dallo stato particolare in cui si trovano.¹¹⁸

¹¹⁶ TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Vol. I, parte generale, *op. cit.*, 166.

¹¹⁷ ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 316 – 318.

¹¹⁸ Su tale punto concorda anche lo studioso ALESSI, *Responsabilità amministrativa*, (voce) in *Nss. Dig. It.*, vol. XV, Torino, 1968, 618, 620, secondo il quale dunque l'amministrazione colpirebbe il comportamento di alcuni individui ad essa legati da particolari rapporti, qualora il loro comportamento sia atto a pregiudicare la buona attuazione del rapporto amministrativo principale e tale pregiudizio comporta come conseguenza il sorgere di una responsabilità che è qualificata come disciplinare anche se rientra nella più vasta categoria della responsabilità amministrativa, distinguendosi da quest'ultima perché

Le sanzioni disciplinari, dunque, sarebbero un particolare *genus* di sanzioni amministrative che hanno la particolare caratteristica di incidere sullo “*status*” di dipendente pubblico e si distinguono dalle sanzioni penali, perché non producono le conseguenze penali e non incidono in maniera così pregnante sulla dignità della persona, pur conservando identità della funzione afflittiva.¹¹⁹

In sostanza la sanzione disciplinare ha come scopo di reprimere le gravi mancanze verso gli obblighi che ciascun dipendente pubblico ha nei confronti del proprio datore di lavoro pubblico censurando quei comportamenti che comprometterebbero il buon funzionamento del servizio.

Accanto a tali teorie, tuttavia, si è affacciata già in passato una consolidata corrente francese, tedesca, ma anche italiana che è stata ripresa dopo le riforme di privatizzazione del pubblico impiego che sosteneva che le pene disciplinari in realtà hanno natura civile con tutte le conseguenze giuridiche di tale qualificazione e quindi né penale né amministrativa, come sostiene anche un studioso:¹²⁰ “tale carattere ha, invero, la massima pena disciplinare e cioè il licenziamento con perdita del diritto alla pensione. D'altronde esse (le sanzioni disciplinari) possono applicarsi per lo stesso fatto per il quale siano state applicate pene vere e proprie comminate da norme giuridiche penali”.

Secondo, però, una diversa opinione della dottrina¹²¹ tale tesi sarebbe da criticare in quanto le sanzioni civili avrebbero natura riparatrice, mentre tale carattere non hanno certo le sanzioni disciplinari quali ad esempio l'ammonimento o la censura.

Della matrice convenzionale e quindi civilistica - contrattualistica della sanzione disciplinare era sostenitore anche un altro giurista¹²² che sosteneva che tale “potere non sconfinava dal diritto privato, mirando a far valere delle obbligazioni che, come quelle del prestatore di lavoro, sono di puro diritto privato, dal momento che tutela l'interesse aziendale. Secondo tale autore si tratterebbe di sanzioni che non sono dirette ad una restaurazione del diritto patrimoniale del datore di lavoro, ma dirette a produrre nei confronti del lavoratore una sofferenza come monito e pressione e sono la conseguenza della responsabilità contrattuale. Tali riflessioni, tuttavia, sono maturate nell'ambito del lavoro privato ed erano limitate, quindi, a questo settore e si riferivano, in sostanza,

riguarda appunto la inosservanza dei doveri che concernano rapporti giuridici speciali, caratterizzati dalla posizione di supremazia speciale della pubblica amministrazione.

¹¹⁹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. I, *op. cit.*, 170, 172.

¹²⁰ PRESUTTI, *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. I, Roma, 1920, 328, 386, 471 e sgg.

¹²¹ TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Vol. 1, parte generale, *op. cit.*, 168.

¹²² BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Vol. II, Milano, 1957, 374 – 379.

principalmente al potere attribuito all'imprenditore nell'ambito della organizzazione della impresa.

Da quanto sopraesposto, quindi, ampie e contraddittorie apparivano già in passato le opinioni sulla reale natura della sanzione disciplinare e sulla distinzione della stessa rispetto in particolare alla sanzione penale, anche se prevaleva per lo più la corrente che riteneva la sanzione disciplinare una sanzione amministrativa seppur speciale in quanto afferente a rapporti speciali in quanto in un particolare contesto lavorativo quale è quello della pubblica amministrazione.

Si è affacciato, però, successivamente nel tempo anche il dibattito dottrinale¹²³ che teneva conto di altri principi per il corretto inquadramento del potere disciplinare e quindi della sanzione disciplinare (approccio di tipo "costituzionalista") e cioè che l'azione amministrativa qualunque essa sia deve essere improntata ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e questo ha come conseguenza che anche le sanzioni disciplinari devono essere considerate come un mezzo volto a costringere i dipendenti pubblici al corretto e diligente adempimento dei propri compiti e doveri e quindi la sanzione disciplinare diventa sostanzialmente un mezzo a tutela della organizzazione amministrativa.

Se tali erano le contraddittorie posizioni degli studiosi amministrativisti e non fino agli anni '90, con le riforme del lavoro pubblico e la cosiddetta privatizzazione del pubblico impiego che ha comportato l'assimilazione e sostanziale equiparazione del lavoro pubblico a quello privato si è definita la reale natura del potere disciplinare che a partire dal d.lgs. del 31 marzo 1998, n. 80 ha assunto natura privatistica dal momento che ora il potere disciplinare non è più espressione della supremazia speciale della pubblica amministrazione, ma è lasciato principalmente alla contrattazione collettiva.

Se ora, quindi, il lavoro pubblico è assimilato al lavoro privato anche i dipendenti pubblici come i lavoratori privati devono osservare in specifico l'articolo 2106 c.c., così come richiamato dall'articolo 59, d.lgs. del 3 febbraio 1993, n. 29, per cui, oggi più che mai, potrebbe essere corretto anche parlare di natura contrattuale di tale potere e di tale sanzione.

Se, dunque, si potrebbe parlare di natura contrattuale del potere disciplinare, è opportuno, tuttavia, sottolineare la specialità di tale potere, che conserva in ogni caso, soprattutto nel lavoro pubblico, proprie peculiarità, dal momento che tale potere non è improntato ai noti principi civilistici della parità ed uguaglianza delle parti e non ha

¹²³ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Il Codice Civile Commentario*, Milano, 2002, 60.

natura propriamente risarcitoria, dal momento che la sanzione disciplinare viene applicata unilateralmente dal datore di lavoro a prescindere dalla sussistenza di un danno risarcibile e con l'unico principale obiettivo di "ristabilire il corretto funzionamento dell'organizzazione di impresa o dell'ente pubblico leso dalla condotta vietata".¹²⁴

Tale approccio è condiviso dalla maggioranza del giuslavoristi e di uno in particolare¹²⁵ che anche in riferimento all'impresa privata parla del carattere strumentale del potere disciplinare rispetto al buon andamento organizzativo dell'impresa e sottolinea, la rilevanza del principio di proporzionalità che comporta che la reazione del datore all'inadempimento del lavoratore subordinato deve essere commisurata alla gravità del comportamento. Tale elemento della proporzionalità viene considerato da alcuni autori¹²⁶ un presupposto sostanziale di legittimità dell'esercizio del potere disciplinare la cui mancanza comporterebbe addirittura la nullità della sanzione stessa.

Ci si potrebbe a questo punto spingere con cautela ad ipotizzare anche che la sanzione disciplinare possa essere assimilata ad una sorta di pena privata per inadempimento contrattuale, anche se è necessario distinguere chiaramente i due tipi di responsabilità, tanto è vero che le norme si esprimono tante volte nel senso della cumulabilità della responsabilità disciplinare con la responsabilità per inadempimento contrattuale e a prescindere da questa.

In definitiva, secondo una parte della dottrina,¹²⁷ la natura delle sanzioni disciplinari potrebbe essere quella di una sorta di pena privata a carattere civile contrattualizzata che si distinguerebbe dagli altri rimedi civilistici per la sua tipica funzione di imporre una regola di condotta in ragione dell'interesse organizzativo del datore di lavoro ed a prescindere dalla necessità di un risarcimento di carattere patrimoniale per un danno cagionato, avrebbe carattere afflittivo e dissuasivo e pur conservando un carattere anche preventivo, non potrebbe in nessun caso essere assimilata alla sanzione penale.

La stessa riforma del 2009 ha confermato la natura contrattuale e quindi civile del potere e della relativa sanzione disciplinare, dal momento che non solo l'articolo 55,

¹²⁴ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, op. cit., 168.

¹²⁵ MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Trento, 2014, 435, 436.

¹²⁶ ROCCELLA, *Manuale di diritto del Lavoro*, Torino, 2013, 344. Del requisito della proporzionalità della sanzione disciplinare alla gravità dell'infrazione a pena di nullità parla anche MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973, 156 e CARINCI – DE LUCA TAMAJO – TOSI – TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2011, 230.

¹²⁷ MAINARDI, *Il potere disciplinar nel lavoro privato e pubblico*, op. cit., 21 – 27.

comma 2, decreto legislativo del 30 marzo 2001, n. 165 richiama l'articolo 2106 c.c., ma ha riconfermato che la giurisdizione in caso di controversie relative al procedimento ed alle sanzioni rimane riservata al giudice ordinario e che, quindi, in questo caso si potrebbe ritenere, sposando la tesi di quegli autori che fonderebbero tale distinzione sulla giurisdizione, che il criterio che permetterebbe di distinguere le varie tipologie di sanzioni (penali, amministrative, disciplinari) sarebbe nel giudice competente, oltre che nella definizione data dal legislatore (*nomen iuris*) o stabilita dalle parti in caso di contrattazione collettiva.

Infatti se le sanzioni disciplinari fossero provvedimenti amministrativi, in conseguenza della degradazione della posizione giuridica soggettiva dei lavoratori, la giurisdizione in materia spetterebbe al giudice amministrativo, così come previsto dall'articolo 103 della Costituzione.

Con l'entrata in vigore della legge anticorruzione nel 2013 va ridiscussa, tuttavia, la natura delle sanzioni disciplinari, dal momento che con tale ulteriore riforma si potrebbe ipotizzare una ripubblicizzazione del pubblico impiego, dal momento che ampio spazio è stato riservato alla legge nella definizione e previsione disciplinare e forse si potrebbe addirittura ipotizzare anche un ritorno al modello autoritativo pre-privatizzazione che comporterebbe una diversa classificazione delle sanzioni disciplinari che non rientrerebbero più, quindi, nella tipologia delle pene private nell'ambito di un rapporto contrattuale, ma assumerebbero la natura di sanzioni amministrative, seppur particolari. Alla riserva di legge, tuttavia, viene lasciata esplicitamente la definizione delle tipologie delle infrazioni che, a seconda della loro gravità, comportano i rimedi del licenziamento, della sospensione dal servizio o del collocamento in disponibilità, lasciando alla contrattazione collettiva la definizione e regolamentazione delle altre tipologie di sanzioni. Questo farebbe pensare alla permanenza in capo alla volontà del legislatore, anche dopo le recenti pregnanti riforme, della non mutazione della natura della sanzione disciplinare.

Rimane invariato, infatti, il richiamo di cui all'articolo 55, comma 2, del decreto legislativo del 30 marzo 2001, n. 165 all'articolo 2106 c.c. che oltre a definirne la natura impone di rispettare la regola della proporzionalità fra sanzioni ed infrazioni, ferma restando la disciplina in tema di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile.¹²⁸

¹²⁸ Sul punto vedasi, GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, 2014, 257.

Se tali distinzioni apparivano ed appaiono ormai sufficientemente consolidate almeno a livello di dottrina e giurisprudenza nazionale, non così, invece, come si è cercato di evidenziare anche nel cercare di distinguere la sanzione penale da quella amministrativa, per le Corti europee, ed in particolare per la Corte EDU, che proprio partendo da un fatto qualificato dal diritto interno come oggetto di sanzione disciplinare ha elaborato i noti criteri *Engel* che, come già ampiamente illustrato sopra, ormai sono oggetto di giurisprudenza consolidata e condivisa anche nelle sentenze della Corte di giustizia e giurisprudenza interna.

Rispetto ai procedimenti disciplinari la Corte si riserva di verificare di volta in volta la natura penale degli stessi facendo, come sempre, riferimento appunto ai noti tre criteri della sentenza *Engel* che riguardava appunto proprio una sanzione di tipo disciplinare, seppur ancora non di tipo pecuniario.

Del resto proprio il rapporto tra reato ed illecito disciplinare, in particolare dopo la sentenza *Grande Stevens*, è apparso alla Corte un campo delicato per la corretta qualificazione degli istituti in vista della applicazione delle garanzie previste dalla Convenzione e dai suoi protocolli.

Per quanto riguarda gli aspetti interessati alla presente ricerca meritano attenzione, però, le prese di posizione della Corte EDU rispetto ai procedimenti disciplinari in ambito professionale. La questione rimane ancora aperta e non c'è sufficiente giurisprudenza al riguardo, per cui al momento è difficile cogliere l'orientamento comunitario nello specifico.

La Corte europea ha, infatti, giudicato fino a questo momento inutile deliberare in tale materia avendo concluso che in ambito professionale il procedimento rientra nella sfera civile, implicitamente ed esplicitamente confermando quanto ritenuto dalla dottrina italiana. In apparenza interessante appariva il caso del procedimento disciplinare che ha comportato come sanzione il pensionamento d'ufficio di un funzionario francese a seguito di sentenza penale di condanna per corruzione.¹²⁹ La Corte non né ha riconosciuto il carattere "penale", ai sensi dell'articolo 6 della Convenzione, con la precisazione, tuttavia, che tale non riconoscimento permane "se le autorità mantengono la loro decisione entro limiti meramente amministrativi", senza chiarire, tuttavia, cosa intende con tale affermazione.¹³⁰

¹²⁹ Sentenza CEDU, *Moulet c. Francia* 2007, Decision 13.09.2007 (section III) – 27521/04, in www.juricaf.org.

¹³⁰ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, UFFICIO II, *Guida pratica sulla ricevibilità dei ricorsi, EUROPEAN COURT of HUMAN Rights*, 55, in www.echr.coe.int/Documents. CORTE

Da quanto sopraesposto emerge, dunque, chiaramente che per la Corte europea ciò che rivela essenzialmente in ogni campo è la qualificazione sostanziale della conseguenza dell'illecito cioè la reazione - sanzione. Infatti, come già osservato ampiamente precedentemente, secondo le Corti europee, è dalla reazione dello Stato che scaturiscono determinate garanzie a protezione dei diritti della persona, ma è anche dalla reazione che si comprende la considerazione che lo Stato ha dell'illecito compiuto, del disvalore sociale attribuito cioè al comportamento tenuto. A queste condizioni, dunque, non è più importante definire il concetto stesso di reato o di illecito per distinguerlo dagli altri illeciti. Tali classificazioni certamente mantengono una loro funzione ed una loro utilità, ma ciò che in realtà veramente conta è che se la conseguenza di un illecito ha una determinata natura sanzionatoria devono attivarsi determinate tutele e si può condividere l'opinione di chi ritiene che la reazione – sanzione qualifica la tipologia di illecito e la reazione, a mio parere, deve essere in ogni caso proporzionata allo scopo – finalità da perseguire, pena l'illegittimità della norma.

8. La sanzione amministrativa pecuniaria: caratteristiche sue peculiari e differenze con la sanzione disciplinare

Per trarre le conclusioni più appropriate in merito alla presente indagine, è necessario esaminare a questo punto anche la nozione e l'istituto stesso della sanzione amministrativa con particolare riguardo alla sanzione amministrativa pecuniaria, come ritenuto dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, ponendo in evidenza le sue caratteristiche peculiari e le sue differenze rispetto, soprattutto, alla appena esaminata sanzione disciplinare.

La definizione di sanzione amministrativa in generale, infatti, non è agevole in quanto non solo non è stata definita a livello normativo neppure dopo l'entrata in vigore della legge del 24 novembre 1981, n. 689, ma per lungo tempo e cioè fino alla entrata in vigore della predetta normativa, non è stata data al riguardo neppure una specifica ed organica disciplina della materia.

COSTITUZIONALE, SERVIZIO STUDI, *I principi del diritto e del processo penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, (a cura di) RANDAZZO, Madrid, ottobre 2011, 15, 20, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni.

Non avendovi provveduto il legislatore, vi ha provveduto la dottrina con vari tentativi definitivi, costringendo gli interpreti a costruire anche una categoria astratta deducendone i principi dalla disciplina dell'illecito penale e dalla disciplina dell'illecito civile.

Dalla dottrina¹³¹ si era giunti a considerare la stessa come una reazione ad un illecito di carattere residuale, l'illecito amministrativo appunto, che non era e non è né un illecito penale né un illecito civile.

Ancora oggi una parte della dottrina¹³² intende per sanzione amministrativa in senso ampio “una misura afflittiva che non consiste in una pena criminale o in una sanzione civile, irrogata nell'esercizio di potestà amministrative come conseguenza di un comportamento assunto da un soggetto in violazione di una norma o di un provvedimento amministrativo o, comunque, irrogata al responsabile cui l'illecito sia imputato” e come secondo altri¹³³ “misura afflittiva, diversa da una sanzione penale o civile, irrogata dallo Stato, o da un altro ente pubblico, nell'esercizio di una potestà amministrativa, nei confronti di un soggetto che con la sua condotta abbia violato una norma o un provvedimento amministrativo”.

Come ritiene uno studioso in particolare,¹³⁴ tuttavia, i contributi dottrinali¹³⁵ più autorevoli avevano proposto una definizione di sanzione in senso stretto come caratterizzata dal suo essere pena in senso tecnico, intesa a colpire, cioè come ritiene un altro giurista,¹³⁶ l'autore della violazione per dissuadere sia tale soggetto (c.d. prevenzione speciale) sia gli altri consociati (c.d. prevenzione generale) dal commettere future violazioni di precetti a tutela di interessi generali e cioè come atto con caratteri

¹³¹ PAOLO COLOMBO, *Sanzione pecuniaria, sanatoria e discrezionalità*, in *Il diritto dell'economia*, 1993, 373.

¹³² CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014, 339.

¹³³ FIORITTO - LENZETTI, *Le sanzioni amministrative e la nuova tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012, 3.

¹³⁴ GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., 2014, 2.

¹³⁵ In specifico ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., 2.

¹³⁶ CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 3,4 che rinvia a sua volta a ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, op. cit.

strettamente afflittivi e special preventivi e quindi atto estraneo a finalità ripristinatorie o risarcitorie.¹³⁷

A tutt'oggi, comunque, secondo la dottrina¹³⁸ la materia non ha ricevuto una compiuta e definitiva sistemazione e la stessa nozione di "sanzione amministrativa" ha una portata diversa a seconda degli autori che per questo ricomprendono in essa anche categorie di provvedimenti vaste e non omogenee, sposando la nozione più ampia, quindi, di sanzione amministrativa. Dalla lettura delle sentenze della Corte europea, poi, emerge, come già ampiamente illustrato precedentemente, una nozione di sanzione che perde progressivamente connotati precisi e soprattutto, secondo la dottrina,¹³⁹ "il suo tradizionale aggancio con l'illecito e con la funzione punitiva".

Alla luce del diritto CEDU, come già visto, anzi, sono ritenute penali alcune sanzioni che nel nostro ordinamento sono tradizionalmente qualificate come amministrative¹⁴⁰ ed il *nomen iuris* o qualificazione formale data all'illecito ed alla relativa sanzione non è determinante per la individuazione della esatta natura della fattispecie.

Le sanzioni amministrative per eccellenza e che sono di interesse per la presente ricerca sono quelle pecuniarie,¹⁴¹ le sanzioni, cioè, che consistono nell'imporre il pagamento di una somma di denaro ed hanno, secondo alcuni,¹⁴² per lo più la stessa funzione punitiva delle sanzioni penali di cui condividono la natura afflittiva, repressiva o retributiva.

¹³⁷ Dello stesso parere sono anche i giuristi GIOVAGNOLI - FRATINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2009, 167 e COLLA - MANZO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001, che riportano la dottrina prevalente in merito.

¹³⁸ PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988, in particolare parte I e parte II, *op. cit.*, nonché PALIERO - TRAVI, (Voce) *La sanzione amministrativa*, in *Enciclop. Dir.*, XLI, Milano, 1989, 350 ss.; COLOMBO, *Sanzione pecuniaria, sanatoria e discrezionalità*, in *Il diritto dell'economia*, 378.

¹³⁹ CERBO, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014, 04, nota a Consiglio di Stato del 09.07.2014, n. 3496, sez. VI,

¹⁴⁰ Sentenza Grande Stevens c. Italia, 4 marzo 2014; CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.*, 339.

¹⁴¹ La dottrina classica la definisce la "pena" amministrativa per antonomasia. Vedi PALIERO - TRAVI, (Voce) *Sanzioni amministrative*, *op. cit.*, 357, secondo i quali, il prototipo di pena è quella amministrativa; si trattava in origine di un esborso al fisco detto "fredo" (Friede, pace) invece di una pena corporale, una sorta di riparazione al sovrano per la disobbedienza del suddito, poi adottata dai comuni per gli illeciti di polizia rurale o municipale.

¹⁴² ROSINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1991, 38.

La dottrina¹⁴³ ne ha individuato, come noto, tre tipi: la sanzione pecuniaria articolata fra un minimo ed un massimo, la sanzione pecuniaria proporzionale e la sanzione pecuniaria fissa.

La prima tipologia è quella classica e prevista direttamente dall'articolo 10 della legge 24 novembre 1981, n. 689 ed è quella che per lungo tempo è stata ritenuta dalla dottrina¹⁴⁴ l'unica veramente legittima in quanto non solo l'unica espressamente prevista dalla legge, ma anche più rispondente alla finalità propria di tale sanzione e cioè la finalità preventiva generale e speciale, dal momento che è adattabile al caso concreto con funzione di garanzia e di imparzialità nei confronti del trasgressore, graduabile¹⁴⁵ cioè concretamente in "rapporto alla gravità dell'illecito con un sistema simile a quello previsto dall'articolo 133 del codice penale."

La dottrina¹⁴⁶ riteneva che la disciplina della legge 24 novembre 1981, n. 689, ai sensi dell'articolo 12 della medesima legge, un primo momento fosse applicabile solo alle violazioni depenalizzate ed alle violazioni amministrative non depenalizzate, purché avessero contenuto pecuniario, la struttura articolata fra un minimo ed un massimo e la funzione punitiva con esclusione, dunque, delle altre due tipologie. In seguito, però, la giurisprudenza¹⁴⁷ ha ritenuto di estendere tale disciplina a tutte le tipologie sanzionatorie pecuniarie, e cioè anche a quelle proporzionali e a quelle fisse.

Ha assunto fondamentale rilievo per l'applicazione delle legge, dunque, il carattere pecuniario del provvedimento conseguente alla violazione, in quanto già la Cassazione¹⁴⁸ fin dalla fine degli anni '70 ha distinto le sanzioni punitive dalle altre sanzioni ad esempio ripristinatorie focalizzando l'attenzione proprio sul contenuto pecuniario delle prime.

¹⁴³ PALIERO - TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, op. cit., 94 ss.

¹⁴⁴ COLLA - MANZO, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., 161.

¹⁴⁵ CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, op. cit., 11.

¹⁴⁶ CERBO, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, op. cit., 3, 4.

¹⁴⁷ Cass., sez. Lav., 12 dicembre 1989, n. 5498, in *Mass. Giur.it*, 1989 nell'ipotesi di omessa presentazione all'INPS, da parte del datore di lavoro delle denunce contributive relative a periodi di paga scaduti; Cass. Civ. Sez. Lavoro, 12.05.2005, n. 9972 sulla legittimità delle sanzioni in misura fissa, in *Mass. Giur. It.*, 2005, richiamato in *Leggi di Italia*, 17.01.2016 (data consultazione).

¹⁴⁸ Cass., sez. un., 24 febbraio 1978, n. 926, citata da LICCI G., *Modelli nel diritto penale, Filongenese del linguaggio penalistico*, Torino, 2014, 50.

Per quanto attiene la presente ricerca preme, tuttavia, analizzare brevemente le caratteristiche delle sanzioni graduabili fra un minimo e massimo e le sanzioni pecuniarie fisse.

Nelle sanzioni pecuniarie fra un minimo ed un massimo, tali limiti sono previsti espressamente dalla legge ed in particolare dall'articolo 10 della legge 24 novembre 1981, n. 689 che va letto unitamente al successivo articolo 11 che detta i criteri per l'applicazione delle sanzioni. La dottrina¹⁴⁹ ritiene che tali limiti possano essere superati da leggi successive statali in base al principio di *lex posterior derogat priori* ed, infatti, tali limiti sono stati ampiamente superati (soprattutto i limiti edittali massimi previsti dalla legge 24 novembre 1981, n. 68) in materie delicate come quelle alimentari (articolo 2 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507 che si riferisce, però, ad illeciti depenalizzati), ma sempre considerando casi estremamente gravi per i quali rimane persino preclusa, come rimedio estremo, la possibilità del pagamento in misura ridotta, previsto in via generale dall'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 68.

L'articolo 11 fornisce le indicazioni alla pubblica amministrazione per la scelta e la graduazione della sanzione fra il minimo e massimo e cioè per adattare la sanzione al caso concreto. A tal fine è necessario valutare, seppur nella discrezionalità,¹⁵⁰ alcuni elementi quali la gravità della violazione che la dottrina¹⁵¹ intende sia oggettiva del fatto che come gravità soggettiva, l'opera svolta dall'agente per la eliminazione o comunque della attenuazione delle conseguenze della violazione, la personalità dell'agente che si desume anche dalle recidive e dai precedenti ad esempio ed infine le condizioni economiche del trasgressore.

Rispetto alla gravità della violazione merita osservare quanto già sottolineato da autorevole dottrina¹⁵² e cioè che la gravità oggettiva non si concretizza unicamente nel danno cagionato, ma anche nell'eventuale pericolo che può essere concreto ed anche astratto e fra i pericoli concreti si deve valutare l'entità della probabile lesione che avrebbero prodotto all'interesse protetto dalla norma.

¹⁴⁹ COLLA - MANZO, *Le sanzioni amministrative, op. cit.*, 163, 164, 165.

¹⁵⁰ Secondo la dottrina, come richiamata da COLLA - MANZO, *Le sanzioni amministrative, op. cit.*, 168, la discrezionalità della pubblica amministrazione nella determinazione in concreto della sanzione non è riconducibile alla discrezionalità amministrativa intesa come potere di apprezzare liberamente gli interessi pubblici meritevoli di tutela, ma va intesa piuttosto come una sorta di discrezionalità penale vincolata a quella che viene intesa come "discrezionalità del giudice" e cioè una discrezionalità stretta fra i limiti edittali ed i criteri di commisurazione previsti dall'articolo 133 c.p.

¹⁵¹ PALIERO – TRAVI, *La sanzione amministrativa, op. cit.*, 1988, 101, ss.

¹⁵² CERBO, *Le sanzioni amministrative, op. cit.*, 120, 121.

Per l'aspetto della presente ricerca merita soffermarsi brevemente, infine, sull'ultimo criterio sopra menzionato e cioè sulle condizioni economiche dell'agente. Tale criterio è necessario affinché la determinazione della sanzione risulti sopportabile e quindi percepita come giusta dal trasgressore; una sanzione, infatti, che "rovinasse" economicamente il destinatario della stessa verrebbe ritenuta insopportabile oppure al contrario una sanzione troppo "blanda" avrebbe l'effetto opposto di essere inefficace oppure addirittura conveniente, come già osservato ed anticipato precedentemente esaminando l'illecito depenalizzato. Tale interpretazione è conforme e coerente con la finalità propria della sanzione amministrativa pecuniaria che è anche quella special preventiva.

Infine merita esaminare la terza tipologia sanzionatoria prevista, quella a sanzione fissa. Tale sanzione si caratterizza per l'assenza di ogni discrezionalità da parte della pubblica amministrazione in merito alla quantificazione della somma dovuta dal trasgressore. *Il quantum* in questo caso è determinato dalla legge, senza che sia possibile una valutazione della gravità dell'illecito commesso, ma sembrerebbe anche senza valutare la personalità del trasgressore. Tale tipologia in passato ha sollevato, quindi, non pochi dubbi di costituzionalità da parte della dottrina e della giurisprudenza soprattutto rispetto al principio della personalità della pena, ma anche rispetto all'articolo 3 della Costituzione (in quanto come sostenuto da autorevole dottrina¹⁵³ non teneva in alcun conto degli aspetti soggettivi dell'illecito sanzionando nella stessa maniera violazioni di diversa gravità). Sul punto è, infine, intervenuta la Corte Costituzionale¹⁵⁴ che ha ritenuto tale tipologia conforme a Costituzione, perché il "principio della personalità della pena non è essenziale in tema di sanzioni amministrative" e perché "l'articolo 27 Cost. concerne solo le sanzioni penali e comunque "una previsione edittale rigida non è di per sé incompatibile con i limiti imposti dalla Costituzione alla potestà punitiva".

Una parte della dottrina,¹⁵⁵ di cui si condivide il pensiero, tuttavia, ritiene che "tale modello sanzionatorio è giustificabile logicamente solo se a tale sanzione si ricorra esclusivamente con riferimento a comportamenti caratterizzati da uno scarso disvalore sociale e quindi meritevoli di una sanzione di modesta entità, dal momento che è risaputo che le esigenze di commisurare le sanzioni pecuniarie alla gravità del fatto, così

¹⁵³ CERBO, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., 14.

¹⁵⁴ Corte cost., ord. 21 aprile 1994, n. 159, in Consulta online; Corte cost., ord. N. 502 del 25 novembre 1987, in Consulta on line, www.giurcost.org.

¹⁵⁵ BERNARDI - ZODA, *Depenalizzazione Profili teorici e pratici*, op. cit., 78.

come la capacità economica dell'autore, decrescono con il decrescere dell'entità della sanzione e dunque della sua portata afflittiva”.

Un altro aspetto che in passato aveva creato non pochi problemi in ordine a questa tipologia di sanzione pecuniaria era l'applicabilità dell'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689 che prevede la possibilità del pagamento in misura ridotta per colui che non contesta la validità dell'accertamento e blocca, quindi, in itinere il procedimento sanzionatorio.

I problemi erano nati, perché l'originaria formulazione dell'articolo 16 ammetteva il pagamento di una somma corrispondente alla cifra più favorevole fra due importi alternativi previsti per legge e cioè o la terza parte del massimo della sanzione prevista per la violazione commessa oppure il doppio del minimo, sembrando, quindi, di fatto escludere quelle tipologie per le quali l'importo minimo non era previsto e cioè le sanzioni amministrative pecuniarie fisse e proporzionali.

Già la giurisprudenza¹⁵⁶ aveva cercato di risolvere questo problema dando una interpretazione favorevole al problema, interpretazione accolta infine dall'intervento del legislatore che con l'articolo 52 del decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213 ha modificato il primo comma dell'articolo 16 che prevede ora espressamente che il trasgressore paghi una somma 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,” di fatto creando le condizioni perché in caso di sanzione pecuniaria a misura fissa il pagamento in misura ridotta, come sostiene la dottrina¹⁵⁷ e ancora la giurisprudenza, sia pari ad un terzo dei corrispondenti importi, considerato che in tali sanzioni il minimo ed il massimo coincidono essendo appunto la misura fissa.

Se tali sono le considerazioni in merito alla classificazione e descrizione, seppur succinta, delle caratteristiche particolari delle sanzioni amministrative pecuniarie, merita, per poter fare un confronto, spendere qualche breve osservazione sulla distinzione delle stesse rispetto alle sanzioni pecuniarie disciplinari, la cui ampia

¹⁵⁶ La giurisprudenza Cass. 2 agosto 2000, n. 10128, in GIOVAGNOLI – FRATINI, *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza*, op. cit., 295, aveva anticipato di fatto quello che poi la legge ha consacrato successivamente e cioè nel senso che il pagamento con effetto solutorio sia solo quello nella misura di un terzo del massimo.

¹⁵⁷ COLLA - MANZO, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., 429; Cass., sez. I civile, 19 maggio 1989, n. 2407, in *Foro it.*, vol. 113, Parte Prima, 1990, giurispr. cost. e civile, 1635.

trattazione anche dal punto di vista storico è riservata nel prosieguo dello studio ed in specifico nel secondo capitolo del presente lavoro.

Che queste ultime siano speciali rispetto alle sanzioni amministrative in generale lo si desume anche dalla stessa legge 24 novembre 1981, n. 689 ed in particolare dall'articolo 12 che espressamente le esclude dall'ambito di applicazione dei propri principi.

La dottrina prevalente¹⁵⁸ definisce del resto da sempre tale tipologia come accessoria ad un rapporto già costituito e preesistente fra il cittadino impiegato ed amministrazione pubblica, il rapporto di pubblico impiego appunto, un rapporto interno, dunque, che a partire dalle riforme del settore pubblico ha assunto una connotazione di tipo privatistico, per cui, come già visto precedentemente, a partire dal decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 non si può ora parlare più di "supremazia speciale"¹⁵⁹ spettante alla pubblica amministrazione nell'irrogare sanzioni disciplinari nei confronti del proprio personale, che faceva appunto pensare ad un tipo di sanzioni amministrative, seppur *sui generis*, ma ora di un rapporto di tipo contrattuale, operando attualmente le pubbliche amministrazioni in modo non dissimile dal datore di lavoro privato.

Il potere disciplinare ora anche nel settore pubblico è volto a garantire il corretto svolgimento della prestazione lavorativa, come già sopra ampiamente osservato, ed è in questa nuova ottica che deve essere pensato ed è quindi nella prospettiva della contrattualità che in questo momento deve essere definito e valutato, seppur chi scrive condivide l'opinione di chi¹⁶⁰ ritiene peculiare di tale tipo di sanzioni essere la violazione di prescrizioni relative ad un peculiare *status*.¹⁶¹

A tal fine, come sostiene la dottrina,¹⁶² si estendono anche al settore pubblico alcune garanzie pensate originariamente solo per il settore privato e cioè la regola, ad esempio, della "proporzionalità" fra infrazione e sanzione prevista espressamente dall'articolo

¹⁵⁸ PALIERO - TRAVI, *Le sanzioni amministrative*, op. cit., 51 ess.

¹⁵⁹ Anche se parte della dottrina ed in specifico FIORITTO - LENZETTI, *Le sanzioni amministrative e la nuova tutela giurisdizionale*, 2012, op. cit., 5., ancora ritiene, comunque, sempre presente in tale rapporto una soggezione speciale che lega determinati soggetti con la pubblica amministrazione per cui " tale particolare supremazia è più incisiva rispetto alla sovraordinazione generale che lo Stato esercita nei confronti della generalità degli amministrati

¹⁶⁰ CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., 342.

¹⁶¹ Così anche PELLIZZER - BURANELLO, *La disciplina sulle sanzioni amministrative ed ambito di applicazione*, in CAGNAZZO, *La sanzione pecuniaria*, Torino, 2012, 15, 16.

¹⁶² NOVIELLO - TENORE, *La responsabilità ed il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002, 4, 5.

2106 c.c. (tale articolo ora, come visto, è richiamato espressamente dall'articolo 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165), il principio del "contraddittorio" inteso come contestazione dell'addebito e diritto di difesa che fa riferimento espresso ora ai precetti contenuti nell'articolo 7 St. lav.

Come già precedentemente illustrato e qui ribadito, la dottrina¹⁶³ sostiene che è la proporzionalità una delle colonne portanti della materia disciplinare nel settore privato, così come nel settore pubblico. Tale concetto sta a significare che fra l'infrazione commessa e la sanzione irrogata vi deve essere proporzione da intendersi anche, ma non solo, come gradualità delle sanzioni stesse e cioè la necessità di prevedere una gamma di "pene" di gravità progressivamente crescente. La violazione di tale principio fondamentale comporta la illegittimità della sanzione irrogata, perché il principio di proporzionalità implica il rispetto del fondamentale principio di uguaglianza che postula sempre l'adeguatezza della sanzione al caso concreto ed il divieto, quindi, di automatismi sanzionatori e quindi, a parere di chi scrive, la perplessità di ammettere sanzioni fisse per gli illeciti disciplinari, soprattutto se di importo potenzialmente elevato.

9. La sanzione amministrativa pecuniaria e la sanzione pecuniaria irrogata dalla Corte dei conti: un tentativo di differenziazione

Da quanto sopra esposto e dalla carrellata di tipologia sanzionatoria pecuniaria fino a questo momento esaminata con tutte le difficoltà definitive e di distinzione appena osservate, emerge, dunque, che i funzionari pubblici sono sanzionabili dal punto di vista pecuniario sotto molteplici punti di vista e da più soggetti, anche estranei alla pubblica amministrazione stessa come, ad esempio, dalle autorità indipendenti, ma anche dalla magistratura, come si vedrà nel prosieguo della ricerca, con tutte le perplessità che ne conseguono, soprattutto in termini di opportunità di un simile apparato punitivo nei confronti di una categoria al "servizio della Nazione".

La sanzione amministrativa pecuniaria è stata pensata dal legislatore, come già visto, come uno strumento di controllo sociale i cui parametri di riferimento non sono quelli tipici della sanzione penale della quale condivide e qui è il caso nuovamente di sottolinearlo, in ogni caso, la funzione punitiva - afflittiva e la finalità di prevenzione

¹⁶³ NOVIELLO - TENORE, *La responsabilità ed il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, op. cit., 31 e ss.

generale e speciale, bensì quelli dell'organizzazione e dell'attività amministrative di cui agli articoli 23 e 97 Cost.¹⁶⁴

Ha in comune, tuttavia, con le sanzioni punitive la caratteristica di essere una conseguenza dannosa indirizzata al responsabile indipendentemente dalla soddisfazione o riparazione dell'interesse leso, essa incide, cioè, in maniera negativa sulla sfera patrimoniale dei trasgressori senza preoccuparsi di sanare l'eventuale pregiudizio subito del soggetto danneggiato.¹⁶⁵

Siamo in presenza, è bene tenerlo presente, di una disciplina autonoma prevista dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, connotata da tratti così distintivi e caratteristici, da configurarsi come una vera e propria autonoma fattispecie giuridica con caratteri e procedimenti propri.

Si pensi al particolare regime della solidarietà (art 6), alla responsabilità riconosciuta in capo alla persona giuridica (art. 6), all'esclusione della continuazione (art. 8) e l'estraneità del principio del *favor rei*.

Anche il procedimento per l'applicazione di una sanzione pecuniaria segue un suo *iter* particolare che esula da quello previsto per l'irrogazione di altre sanzioni pecuniarie come quelle penali e quelle disciplinari che va dagli atti di accertamento della infrazione compiuti da soggetti qualificati,¹⁶⁶ alla contestazione immediata o contestazione mediante notificazione (con la possibilità di pagare da parte del trasgressore la sanzione in misura ridotta), al pagamento della sanzione in misura ridotta, all'ordinanza-ingiunzione in caso di omissione del pagamento, all'opposizione alla ordinanza-ingiunzione.

La sanzione amministrativa pecuniaria come tutte le sanzioni amministrative, è ritenuta tradizionalmente rientrante nella funzione tipica della funzione amministrativa e quindi la competenza, secondo la dottrina classica, sarebbe della pubblica amministrazione, seguendo la nota classificazione operata da Montesquieu fra i tre poteri dello Stato, suddivisi in legislativo, esecutivo e giudiziario.

¹⁶⁴ PELLIZER - BURANELLO, *La disciplina sulle sanzioni amministrative ed ambito di applicazione*, in CAGNAZZO, *La sanzione pecuniaria*, Torino, 2012, 7.

¹⁶⁵ MORZENTI PELLEGRINI - SAUL MONZANI, *La sanzione amministrativa pecuniaria*, in *La sanzione amministrativa*, (a cura di) CAGNAZZO, Torino, 2012, 382, 383.

¹⁶⁶ Tali organi sono quelli indicati espressamente dall'articolo 13 della legge comma 1 e 4 e cioè si tratta "degli organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa ed anche gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria così come definiti dall'articolo 57 c.p.p".

Da qualche tempo, però, come già visto precedentemente, sono a carico dei funzionari pubblici anche sanzioni amministrative pecuniarie irrogate non da una autorità amministrativa, e quindi non più espressione della funzione amministrativa, ma da una autorità giudiziaria o da altro tipo di autorità.

Si è discusso in dottrina, ma soprattutto nell'ambito della magistratura contabile, sulla natura effettiva delle sanzioni contabili che sono senza alcun dubbio particolari e per il soggetto che le applica¹⁶⁷ e per le procedure ed iter sanzionatorio che esula completamente da quanto sopra succintamente descritto e previsto dalla legge 24 novembre 1981, n. 689. Una cosa è apparsa fin da subito chiara e cioè che non sono

¹⁶⁷ In merito al fatto che tale sanzione sia riservata ad un organo giudiziario e non amministrativo è intervenuta anche la dottrina che ha affermato che “non è determinante, per l'esistenza di una sanzione amministrativa, che l'irrogazione di essa venga attribuita dalla legge anziché all'autorità amministrativa, alla autorità giudiziaria, dal momento che è ben noto che non esiste nell'ordinamento stesso una riserva di attività amministrativa”. Sul punto vedasi Casetta, *Illecito amministrativo, Digesto delle discipline pubblicistiche, op. cit.*, 91, anche se, come sostenuto da una parte della dottrina sopra menzionata nel testo, tale sanzioni sono sempre connesse con un reato, così come previsto dall'articolo 24 della legge n. 689 del 1981, dimostrando a mio parere, dunque, che tale competenza viene riservata alla autorità giudiziaria solo in caso di connessione di materie e sono per riunire a sé i vari procedimenti in un ottica di economicità processuale e procedimentale.

A sostegno di questa tesi è anche la previsione legislativa delle cosiddette “sanzioni alternative” ai sensi dell'articolo 245-quater del codice dei contratti, applicate dal giudice amministrativo ai sensi degli articoli 123 c.p.a. ed 121 c.p.a. . Nel primo caso non si tratterebbe neppure di sanzioni alternative vere e proprie, ma sanzioni pecuniarie vere e proprie che verrebbero applicate a prescindere. Secondo la dottrina chiamata a prendere posizione sulla natura delle stesse ed in particolare Passagli, *La responsabilità della stazione appaltante e del funzionario in base alla disposizione dell'art. 245 – quater del codice dei contratti*, in *Appalti e contratti*, 2010, 32, 33., esse hanno natura amministrativa pecuniaria per tutta una serie di indici quali il fatto che sia previsto un minimo ed un massimo edittale e non sia espressamente indicata come sanzione di altro genere, il fatto che coesista con il risarcimento per equivalente ed il fatto che la sanzione venga introitata all'entrata del bilancio dello stato. Sulla previsione di tali sanzioni pecuniarie peculiari, tuttavia, e le loro particolarità sono state sollevate dalla dottrina stessa Passagli, *La responsabilità della stazione appaltante e del funzionario in base alla disposizione dell'art. 245 – quater del codice dei contratti, op. cit.* dubbi di costituzionalità in quanto dal momento che essere sono applicate dal giudice amministrativo mancherebbero sufficienti garanzie per un doppio grado di giurisdizione ed eventuali impugnazioni potrebbero essere fatte valere unicamente innanzi al Consiglio di Stato. Sul punto però è di parere contrario De Nictolis, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in www.giustizia-amministrativa.it, maggio 2010., secondo il quale tali sanzioni sono la diretta conseguenza di un accertamento giurisdizionale e pertanto è corretto che ad irrogarle sia il medesimo giudice che ha compiuto l'accertamento giurisdizionale.

sanzioni penali e sono state qualificate da parte di qualche procuratore contabile come “prestazioni patrimoniali imposte”.¹⁶⁸

Ad esse è applicabile quanto prescritto per tutte le sanzioni amministrative dall’articolo 23 della Costituzione che prevede una riserva di legge di natura relativa, cioè operante sul piano della forza di legge ordinaria e non una riserva di legge assoluta valevole solo per la materia penale.¹⁶⁹

A prevedere oggi in particolare la possibilità di queste sanzioni pecuniarie particolari sarebbe proprio l’articolo 97 della Costituzione, così come modificato dall’articolo 2 della legge costituzionale 20 aprile 2012 n. 1 (introduzione del principio del pareggio di bilancio nella carta costituzionale) che autorizzerebbe norme di legge statali ordinarie ad abilitare la Corte dei conti ad applicare, pur sempre, però, all’interno delle proprie attribuzioni, sanzioni pecuniarie.¹⁷⁰

Affinché, tuttavia, tali sanzioni siano legittime e rispettose della riserva di legge costituzionale appena citata, si ritiene che debbano osservare in ogni caso tre criteri che costituiscono gli elementi fondamentali dell’imposizione e che qualificano tali provvedimenti e cioè, secondo la Corte costituzionale,¹⁷¹ la determinazione dei

¹⁶⁸ SCHÜLMERS, *Sul parametro costituzionale riferibile alle nuove fattispecie sanzionatorie affidate alla giurisdizione della Corte dei conti*, in *Atti del corso di formazione organizzato dal Consiglio di Presidenza della Corte dei conti su “Evoluzione normativa e giurisprudenziale sulle ipotesi di responsabilità sanzionatoria e delle altre forme tipizzate di responsabilità introdotte nell’ordinamento ed affidate alla cognizione del giudice contabile*, Roma 1, 3 aprile 2008, 2, in www.corteconti.it.

¹⁶⁹ Ordinanza Corte Costituzionale n. 250 del 1993, sentenza Corte Costituzionale, n. 447 del 1988, in consulta on line.

¹⁷⁰ Cioè avallerebbe, però, la tesi di quanti, come sopra esposto, sostengono che tali sanzioni siano possibili e configurabili unicamente in presenza di un danno erariale effettivo e cioè ancorato ad una effettiva diminuzione patrimoniale, danno dimostrato e quantificato attraverso un preciso riscontro nel rispettivo documento di bilancio. Sul punto vedasi BOTTINO, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2014, 7, ma anche CAFAGNO, *La responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara e l’evoluzione della disciplina della evidenza pubblica*, in BOTTO - FIDONE - BOTTINO (a cura di) *Negoziazioni Pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico – privati*, Milano, 2013, 249 ss. che ritiene che la tendenza alla progressiva individuazione di fattispecie “incerte di danno erariale, è una irrequieta moltiplicazione giurisprudenziale delle categorie di danno passibile di risarcimento, specialmente in materia contrattuale”. Di avviso contrario RAELI, *Il modello della responsabilità amministrativa come “clausola generale” e le fattispecie sanzionatorie*, in www.lexitalia.it, *Rivista internet di diritto pubblico*, 2014, 5, che ritiene di trovarsi di fronte ad un illecito basato su un evento di pericolo (pericolo di danno) e non su una lesività effettiva.

¹⁷¹ Sentenza Corte Costituzionale n. 435 del 2001, in consulta on line.

presupposti dell'imposizione, la determinazione dei soggetti passivi, la determinazione del *quantum* dell'imposizione.

Tali parametri possono essere individuati direttamente dalla legge di previsione, ma è sufficiente anche che siano previsti, uno o più di essi e determinabili "in base alla legge".

Chiarito ciò, è opportuno ora esaminare succintamente anche "gli indicatori" o caratteri che, a parere di chi scrive, ci permettono di riconoscere tali tipi di sanzioni amministrative rispetto alle semplici sanzioni pecuniarie amministrative.

Presupposto indefettibile è che tale illecito sia compiuto da un funzionario pubblico all'interno del suo rapporto con la pubblica amministrazione e nell'esercizio dei suoi compiti istituzionali, cioè da un soggetto che è investito di una determinata qualifica ed esercita una particolare funzione. Su tale punto ci sono comunanze con gli illeciti penali dei pubblici funzionari contro la pubblica amministrazione,¹⁷² con gli illeciti disciplinari, ma ora anche dopo le recenti riforme, con gli illeciti amministrativi. Nelle fattispecie sanzionatorie esaminate, come sopra evidenziato a titolo di esempio, è il legislatore stesso a richiamare l'attenzione sulle loro particolarità individuando, nella

¹⁷² A tale riguardo merita di essere menzionata a titolo di completezza espositiva anche una particolare sanzione amministrativa che viene inflitta ai pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio a seguito della condanna per la commissione di particolari reati contro la pubblica amministrazione. L'articolo 4, comma 1, lett. a) della legge 27 maggio 2015, n. 69 prevede il nuovo articolo 322 c.p. - *quater* ai sensi del quale è contemplata una particolare riparazione pecuniaria corrispondente alla somma pari all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal funzionario infedele in favore della amministrazione cui il pubblico ufficiale o incaricato del pubblico servizio appartiene o nel caso del articolo 319 *ter* in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno. Si tratterebbe di una vera e propria sanzione amministrativa pecuniaria nell'ottica della "giustizia riparativa" aggiuntiva che avrebbe la *ratio* di riparare l'offesa arrecata alla propria amministrazione con il proprio comportamento. La misura, però, appare anche in questo caso più che una misura riparatrice una misura con contenuto afflittivo dal momento che essa si aggiunge al eventuale risarcimento del danno ed ha un *quantum* già prestabilito che prescinde, quindi, dalla dimostrazione e dalla quantificazione del pregiudizio causato e subito dalla pubblica amministrazione e parrebbe applicata anche nel caso in cui l'autore del reato abbia restituito quanto indebitamente percepito. Questo ragionamento vale in particolare se, come ritiene A. SPENA, in *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazione e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (legge n. 69/2015)*, *Studium Iuris*, 10/2015, 1123, si rapporta questa nuova norma con la confisca ex art. 322 - *ter*: "questa ha, infatti, essa stessa una chiara valenza afflittiva, e dunque sostanza di pena pecuniaria più che di vera e propria misura di sicurezza, con la conseguenza che un'applicazione congiunta delle due misure rischia di tradursi in una duplicazione sanzionatoria. Tanto più che le due sanzioni (confisca e riparazione) non sono affatto congegnate dal legislatore come alternative".

costruzione della norma, o espressamente l'autorità sanzionatoria che applicherà tale sanzione, che è in tal caso la Corte dei conti oppure collegando le stesse ad espressioni del tipo "determina responsabilità erariale o responsabilità contabile"

In presenza di espressioni simili o analoghe è evidente la tipicizzazione di tali sanzioni effettuata dal legislatore e la sua volontà di distinguerle chiaramente dalle altre tipologie sanzionatorie sopraelencate.

L'anomalia di tali sanzioni, come visto, è che seguono l'*iter* giurisdizionale e per esse valgono le regole della ordinaria responsabilità amministrativa per risarcimento del danno e cioè è necessario che il presupposto soggettivo per la loro applicazione sia in capo al trasgressore la colpa grave e non la colpa lieve,¹⁷³ come per le normali sanzioni pecuniarie irrogate da una pubblica amministrazione.

Sono provvedimenti sanzionatori a carattere afflittivo la cui finalità o *ratio* è quella di reprimere abusi o scorrettezze da parte dei dipendenti pubblici a tutela dell'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

10. Conclusioni

In conclusione a tale capitolo dalla lettura degli orientamenti interni ed internazionali dottrinali, ma anche giurisprudenziali, una prima essenziale domanda da farsi in presenza di una sanzione per riconoscerne ed individuarne, dunque, correttamente la natura, almeno dal punto di vista teorico, è se essa rientra fra le sanzioni penali oppure no. La grande classificazione operata nel diritto punitivo, infatti, è, in primo luogo, fra le varie reazioni ad illeciti con differenti disvalori sociali e lo spartiacque è la sanzione penale. Una volta stabilito che una sanzione non è penale, si può procedere alle altre distinzioni. Secondo la dottrina interna, in ogni caso, il criterio dirimente maggiormente seguito è quello di tipo formalistico per cui è il legislatore che qualifica una sanzione come penale oppure no, individuandone gli elementi caratterizzanti, l'autorità ed il procedimento – processo, partendo con la descrizione degli elementi costitutivi della fattispecie del relativo illecito.¹⁷⁴ La sanzione penale è pensata tradizionalmente a tutela

¹⁷³ In merito a cosa distingue una colpa grave da una colpa lieve si è divisa la dottrina e la giurisprudenza, ma entrambe concordano che essa va valutata in concreto cioè in base alle situazioni soggettive dell'agente e quelle oggettive in cui egli ha operato.

¹⁷⁴ La Corte Suprema di Cassazione, sez. un. Pen., sent. 12 settembre 2013, n. 37425, conosciuta perché citata e commentata da CESARI, *l'Illecito penale e tributario*, *op. cit.*, 85 opera una ricostruzione

dell'ordine generale (tutela interessi generali della collettività), ha sicuramente carattere primariamente afflittivo, con molteplici scopi e funzioni, classicamente individuati, soprattutto, nella repressione - retribuzione, nella prevenzione generale e nella prevenzione speciale ed è accompagnata dal noto stigma sociale. Non è questa l'opinione, tuttavia, come osservato, caldeggiata dalle Corti europee per le quali altri sono i criteri da seguire per individuare "la materia penale". In sintesi una sanzione ha natura penale se così è qualificata dall'ordinamento interno di uno Stato membro o se ha funzione repressiva/deterrente o se è talmente severa da arrecare almeno potenzialmente un notevole pregiudizio anche economico ai suoi destinatari. Il requisito della gravità, come si è visto in maniera più approfondita nella trattazione appena compiuta, pare essere il criterio tendenzialmente preferito dagli orientamenti europei, soprattutto per quanto concerne le sanzioni pecuniarie, unitamente o alternativamente allo scopo punitivo e dissuasivo e agli altri criteri indicati dalla nota sentenza *Engel*. Sulla duplice funzione di prevenzione e repressione ai fini della tutela dei valori fondamentali si è espressa d'altra parte anche l'avvocatura generale della Corte di Giustizia nelle persone di Jacobs, Ruiz – Jarabo Colomer e Mazak, dimostrando, dunque, che anche l'organo giurisdizionale per eccellenza europeo si è allineato agli ordinamenti della Corte di Strasburgo, così come parte della giurisprudenza interna. È importante, tuttavia, osservare che la preoccupazione definitoria comunitaria è volta tutta alla non elusione delle garanzie di cui agli articoli 6 e 7 CEDU (e sarebbe sufficiente, quindi, la loro applicazione ed estensione a tutte le sanzioni, almeno quelle più pregnanti, per adeguarsi agli orientamenti delle Corti comunitarie) e dunque, a parere di chi scrive, i criteri individuati dalla Corte EDU debbono essere considerati ed applicati con prudenza, soprattutto il criterio della gravità o eccessiva severità in quanto, seppur vero che soprattutto nelle sanzioni pecuniarie, esso è segnale di sanzione particolarmente afflittiva e quindi la percezione generale è proprio quella dell'intento prevalentemente punitivo, caratteristica questa della natura penale di una sanzione, è anche vero, tuttavia, che la presenza di una sanzione esorbitante per importo può dar luogo ad altre considerazioni di carattere giuridico, quali, ad esempio, l'eventuale illegittimità della norma per incostituzionalità e comunque, come già ricordato da altri autori proprio in riferimento al terzo criterio *Engel* il riconoscimento della "gravità sostanziale" che qualificherebbe, quindi, una sanzione come penale è legato ad una valutazione caso per

dell'illecito amministrativo e dell'illecito penale, concentrandosi in particolare sugli elementi costitutivi delle due fattispecie, dimostrando dunque, come non è indifferente l'intervento del legislatore per l'esatta individuazione della natura di un illecito e della relativa sanzione.

caso¹⁷⁵ e la valutazione di tale criterio ha dato luogo, soprattutto in passato, come già meglio evidenziato e dimostrato precedentemente,¹⁷⁶ a divisioni anche all'interno della giurisprudenza europea.

Per individuare la natura di una sanzione, dunque, a parere di chi scrive, è necessario ed imprescindibile il riferimento alla volontà del legislatore, nella convinzione che la pena o comunque la sanzione è una istituzione sociale che ha caratteristiche proprie, individuate nell'ambito della sovranità di ciascun Stato, che la situazione politica, storica e sociale le conferisce.

¹⁷⁵ CARACCIOLI, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l'inevitabile approdo al principio del ne bis in idem*, in *Fisco*, 2014, 2374 citato da CESARI, *L'illecito penale e tributario*, *op. cit.*, nota 28, 89.

¹⁷⁶ Vedasi in particolare la nota 63.

CAPITOLO II

Le varie tipologie sanzionatorie pecuniarie alla normativa anticorruzione

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La pena pecuniaria penale e la sanzione amministrativa pecuniaria. 2.1. La pena pecuniaria penale nei confronti dei funzionari pubblici. 2.2. La sanzione amministrativa pecuniaria a carico dei funzionari pubblici. - 3. La sanzione disciplinare nel pubblico impiego ed in specifico la sanzione disciplinare conservativa della multa a carico dei funzionari pubblici: la nascita e l'evoluzione storica di tali rimedi ideati dal legislatore con lo scopo essenziale di perseguire illeciti di portata minore e quindi di limitato contenuto afflittivo.- 4. Il procedimento disciplinare per la sanzione conservativa della multa a carico del pubblico dipendente con qualifica non dirigenziale: cenni. - 5. Le sanzioni disciplinari conservative a carico dei dirigenti come novità introdotta dalla riforma del 2009. - 6. Il procedimento disciplinare sanzionatorio a carico del dirigente: la sanzione conservativa della multa: cenni. - 7. Illecito dirigenziale concepito inizialmente come mancato raggiungimento degli obiettivi e la conseguente sanzione: sua differenza con l'illecito disciplinare. Evoluzione del concetto e la sua sovrapposizione iniziale con l'illecito disciplinare a carico del dirigente. La permanente difficoltà definitoria. - 8. Nuove forme sanzionatorie a carico dei dirigenti: la sanzione erariale conseguente dell'illecito contabile - amministrativo come particolare sanzione. - 9. Conclusioni.

1. Premessa

A questo punto, dunque, al di là delle costruzioni teoriche e definitorie o dei dibattiti dottrinali e giurisprudenziali circa cosa caratterizza e distingue una sanzione da un'altra, è imprescindibile e necessario anche esaminare dal punto di vista concreto come si presentano i singoli istituti e le relative sanzioni pecuniarie, come storicamente sono state strutturate in realtà dal legislatore, per verificare se è possibile ricavare da essi gli elementi per la corretta individuazione della natura delle sanzioni oggetto del presente studio, concentrando l'attenzione principalmente sulle sanzioni amministrative pecuniarie, sulle sanzioni pecuniarie disciplinari, dirigenziali e da danno erariale, partendo, però, seppur in maniera molto succinta, dalle classiche sanzioni afflittive e cioè dalla sanzione pecuniaria penale e dalla sanzione amministrativa pecuniaria a carico dei funzionari pubblici.

2. La pena pecuniaria penale e la sanzione amministrativa pecuniaria

2.1. La pena pecuniaria penale nei confronti dei funzionari pubblici

I pubblici funzionari nel proprio peculiare *status* possono commettere reati per i quali la giustizia penale si attiva con le classiche sanzioni, dalla reclusione alla multa. Un primo storico problema, che in questa sede merita di essere solo accennato, è se tutti gli impiegati pubblici rivestono la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio. I reati con la conseguente pena pecuniaria che interessato ai fini della presente ricerca, infatti, presuppongono tale verifica. Tali definizioni di cui agli articoli 357, 358 e 359 c.p. valgono non solo per i reati di cui al Titolo II, ma “agli effetti della legge penale” con questo intendendo il legislatore che tali definizioni hanno una portata ampia estesa all’intero sistema penale, al codice, ma anche nella legislazione penale complementare¹⁷⁷ Nella versione originaria dell’articolo 357 c.p., prima della riforma della legge 26 aprile 1990, n. 86, erano pubblici ufficiali “gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria, ma anche ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria.”¹⁷⁸ Con la riforma è scomparsa la prima parte che si riferiva esplicitamente agli impiegati dello Stato ed ora per rivestire la qualifica di pubblico ufficiale è necessario esercitare una qualsiasi di tali funzioni ove per funzione amministrativa si intende una funzione disciplinata da “norme di diritto pubblico o da atti autoritativi” e, connotata da atti di supremazia.¹⁷⁹ In sostanza, anche se per la norma dopo la riforma non è più così evidente, qualsiasi dipendente pubblico che partecipa alla formazione della volontà dell’ente¹⁸⁰ è un pubblico ufficiale e quindi può incorrere nei reati che si

¹⁷⁷ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei privati e le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Milano, 2008, 242, 243.

¹⁷⁸ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei privati e le qualifiche soggettive pubblicistiche*, *op. cit.*, 247.

¹⁷⁹ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei privati e le qualifiche soggettive pubblicistiche*, *op. cit.*, 270 – 273.

¹⁸⁰ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, i delitti dei privati e le qualifiche soggettive pubblicistiche*, *op. cit.*, secondo il quale “è pubblica funzione amministrativa è quella caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione” disciplina pubblicistica della attività, 285.

esamineranno a breve. Secondo uno studioso in particolare,¹⁸¹ la cui opinione si condivide, perché convincente e coerente con i principi del procedimento amministrativo che concatena in una sequenza gli atti amministrativi in vista del provvedimento finale, in realtà anche chi svolge attività aventi carattere meramente accessorio o sussidiario ai fini istituzionali degli enti pubblici è un pubblico ufficiale, dal momento che anche in questo caso, sia pure in misura ridotta, concorre alla formazione della volontà pubblica¹⁸² e quindi non solo chi svolge una attività con efficacia diretta all'esterno. Quindi riveste la qualifica di pubblico ufficiale anche il semplice funzionario o impiegato pubblico e non solo il dirigente apicale di un ente.

I delitti che qui è interessante esaminare, perché presuppongono un particolare rapporto con la pubblica amministrazione e prevedono esborsi pecuniari definiti multe, sono quelli di cui agli artt. 325 c.p. e 328 c.p., ma merita essere ricordata anche la malversazione a danno dei privati di cui all'articolo 315 c.p., abrogata dall'articolo 20 della legge 26 aprile 1990, n. 86, che prevedeva oltre alla reclusione, anche la multa non inferiore a 2 milioni di lire ed il reato di cui all'articolo 324 c.p., interesse privato in atti di ufficio, abrogato dall'articolo 20 della legge 26 aprile 1990, n. 86, che prevedeva in aggiunta alla reclusione fino ad un massimo di cinque anni una multa da duecentomila lire a quattro milioni.

Rimangono ancora in vigore i reati di cui all'articolo 325 c.p., utilizzazione di invenzioni o scoperte conosciute per ragioni di ufficio che prevede oltre alla reclusione fino ad un massimo di cinque anni anche la multa non inferiore a cinquecentosedici euro e l'articolo 328 c.p. rifiuto di atti di ufficio, omissione, che prevede oltre alla reclusione fino ad un anno anche la multa fino a milletrentadue euro.

¹⁸¹ È di questo parere in specifico TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma, 2015., 611.

¹⁸² In particolare TENORE in, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, op. cit. 611, ritiene che, "ogni atto preparatorio, propedeutico ed accessorio che esaurisca nell'ambito del procedimento amministrativo i suoi effetti certificativi, valutativi e autoritativi, seppur destinato a produrre effetti interni alla p.a., comporta l'attuazione completa e connaturale dei fini dell'ente pubblico. Di opinione più ristretta in merito è, invece, VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 29, 31, 36 – 39, secondo il quale dopo la riforma degli anni 90 un peso preponderante è dato dalla funzione pubblica concretamente esercitata (criterio c.d. oggettivo) e non più dal rapporto di pubblico impiego (criterio c.d. soggettivo) ed è pubblico ufficiale chi esercita poteri autoritativi e/o certificativi ed a titolo esemplificativo riporta un elenco di pubblici ufficiali.

Da questo breve elenco si possono trarre le seguenti conclusioni. Le pene pecuniarie del pubblico impiego sono rare e in aggiunta o comunque in accompagnamento sempre a sanzioni di tipo detentivo e l'ammontare massimo è molto contenuto.¹⁸³

2.2. La sanzione amministrativa pecuniaria a carico dei pubblici funzionari

In questi ultimi anni si è assistito, invece, ad un proliferare di sanzioni amministrative pecuniarie direttamente a carico dei pubblici funzionari e non più alla pubblica amministrazione.

Prima delle recenti riforme della pubblica amministrazione e dell'entrata in vigore del codice degli appalti, nonché di tutta la normativa anticorruzione, ogni azione compiuta nell'esercizio delle proprie funzioni dal dipendente pubblico preposto all'organo era riferita alla pubblica amministrazione in virtù, appunto, del rapporto organico. L'ente pubblico, infatti, è dotato sia di capacità di agire che di capacità giuridica, secondo la nota teoria organica, che ritiene che la pubblica amministrazione per agire necessita in ogni caso dell'uomo preposto all'organo per funzionare.

Ogni illecito, dunque, compiuto dall'organo con le sue conseguenze avrebbe dovuto e dovrebbe essere riferito all'ente, così come se fosse stato espletato dall'ente stesso. Questo discorso, tuttavia, non è mai stato valido per gli illeciti penali in quanto, ai sensi dell'articolo 27 della Costituzione, la responsabilità penale è personale e questo vale anche in caso di pena pecuniaria. In tal caso si interrompeva e si interrompe il rapporto organico fra ente pubblico e dipendente.¹⁸⁴

¹⁸³ Mentre a livello di sistema penale generale possono essere previste, come visto, anche sanzioni elevate fino ad un massimo di 50.000 euro, ma sempre tenendo conto delle condizioni economiche europee. E questo principio è valevole anche nell'ambito del diritto penale internazionale dove la sanzione patrimoniale dell'ammenda è comunque sempre in aggiunta alla pena principale della reclusione. Sul punto vedasi FRONZA E., *Le sanzioni*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, AMATI ed altri, *Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo*, Torino, 2016, 272.

¹⁸⁴ Questo fatto non vale per gli altri enti dotati di responsabilità giuridica per i quali, invece, vale la disciplina contemplata dal decreto legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001 che prevede l'estensione della responsabilità penale anche ad essi. Per lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali e con funzione di rilievo costituzionale (esclusi da tale tipo di responsabilità ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della citata legge), invece, il rapporto organico non si interrompe ma solo ai fini della responsabilità civile, sempre che il reato sia compiuto nell'espletamento ed in linea dei fini dell'ente, come ha sottolineato anche una recente sentenza della Corte di Cassazione, sezione VI, sentenza 31 marzo 2015, n. 13799, in www.cortedicassazione.it; www.dirittoegiustizia.it.

Tale assunto, tuttavia, non valeva per le eventuali sanzioni amministrative pecuniarie, che erano previste direttamente in capo all'ente pubblico e solo subordinatamente al funzionario che rispondeva in questo caso, quindi, unicamente in via indiretta sotto il profilo della responsabilità amministrativa/contabile. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle sanzioni previste dall'articolo 11 del decreto legislativo 6 settembre 1989, n. 322 per inottemperanza di cui all'articolo 7 relativo agli obblighi di fornire i dati statistici da parte delle pubbliche amministrazioni oppure alle sanzioni per omesso o ritardato versamento di tributi da parte delle pubbliche amministrazioni.¹⁸⁵

A partire dagli anni duemila con l'avvento della tornata di riforme della pubblica amministrazione e nel settore degli appalti pubblici in attuazione anche alle varie direttive europee sono state introdotte le prime sanzioni amministrative pecuniarie dirette a carico del funzionario in conseguenza della sua attività istituzionale che con la legge anticorruzione ed i relativi decreti attuativi si sono ampliate a dismisura, introducendo nel sistema del diritto punitivo un ulteriore apparato sanzionatorio molto simile a quello previsto per le sanzioni depenalizzate o le pene pecuniarie di multa per reati contro la pubblica amministrazione. Si tratterebbe in sostanza di particolari sanzioni amministrative qualificate che hanno come presupposto il fatto che l'autore dell'illecito amministrativo appartenga alla pubblica amministrazione. La singolarità sta nel fatto che eventuali inadempienze quali ad esempio errori di omissioni o mancanze di pubblicità o trasmissioni di informazioni sono imputabili ora direttamente alla persona fisica, seppur compiuti dalla stessa per adempiere ai propri compiti lavorativi e, dunque nell'interesse e per conto della pubblica amministrazione.

Tale fatto è la conseguenza di un percorso iniziato negli anni novanta con le prime riforme della pubblica amministrazione, quando si è cercato di rendere operante il principio di trasparenza¹⁸⁶ della P.A. con la legge 7 agosto del 1990, n. 24, che già agli

¹⁸⁵ Vedasi Sentenza Corte conti 28 giugno 2011, sezione giurisdizionale per la Sicilia, n. 2453, in www.respamm.it.

¹⁸⁶ Per un interessante approfondimento della nozione di trasparenza fra il decreto legislativo n. 33 del 2013 e la legge n. 241 del 1990 vedasi SIMONATI, *La trasparenza amministrativa ed il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Diritto amministrativo* 2013, 4, 749 e ss. secondo la quale il concetto tradizionale di trasparenza non è stato sostituito dalla inedita nozione di trasparenza del decreto legislativo n. 33 del 2013, perché testualmente “Solo la trasparenza «tradizionale», poi, è suscettibile di fronteggiare i pericoli insiti nella gestione dei dati personali. Ove questa fosse improntata a un'indiscriminata pubblicazione, si rischierebbe di pregiudicare un valore anch'esso di primario rilievo, quale la protezione del diritto alla riservatezza individuale”.

CANAPARO, *La trasparenza della pubblica amministrazione dopo la Riforma Madia*, DiKe, 2016.

articoli 4, 5, 6 prevedeva la figura del responsabile del procedimento, punto di riferimento del cittadino nei suoi rapporti con l'ente pubblico. Tale legge, tuttavia, elencava tutta una serie di compiti di questa nuova figura di dipendente pubblico, ma non le conseguenze di tipo sanzionatorio.

Anche le leggi Bassanini successive (leggi del 15 marzo 1997, n. 59, 15 maggio 1997, n. 127 e 16 giugno 1998, n. 191, nonché legge 8 marzo 1999, n. 50) non prevedevano nulla al riguardo.

Già, però, con l'articolo 6, commi 9 e 11, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 erano previste importanti sanzioni pecuniarie irrogate dalla Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici a carico¹⁸⁷ di colui che, in quanto responsabile del procedimento, era tenuto a fornire le informazioni di cui al comma 9, lettera a) dell'articolo 6 sopraccitato e si fosse rifiutato o avesse omesso, senza giustificato motivo di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dall'Autorità ovvero avesse fornito informazioni o esibito documenti non veritieri.

Anche l'articolo 7, comma 8 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 prevedeva sanzioni analoghe anche di importo relativamente elevato nei confronti in questo caso, però, delle stazioni appaltanti e degli enti aggiudicatori che avessero rifiutato od omesso, senza giustificato motivo, di adempiere agli obblighi informativi ovvero che avessero fornito informazioni o esibito documenti non veritieri.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici aveva adottato a questo riguardo un proprio regolamento il 26 marzo 2014 proprio per disciplinare le procedure sanzionatorie ai sensi di tali articoli.

Così come particolari sanzioni pecuniarie erano previste dall'articolo 6 della legge 13 agosto 2010, n. 136 sulla tracciabilità dei flussi finanziari a carico dei soggetti inadempienti.

In tutti questi casi il legislatore si era espresso chiaramente qualificando le stesse come sanzioni amministrative pecuniarie che in quanto tali seguivano la disciplina prevista dalla legge del 24 novembre 1981, n. 689.

L'importanza e la gravità della proliferazione di tali provvedimenti sanzionatori, ma anche della moltiplicazione delle responsabilità che le recenti riforme hanno introdotto, si evince dal fatto che, mentre per le sanzioni amministrative irrogate direttamente alla pubblica amministrazione vi era e vi è la possibilità per il funzionario di stipulare una apposita assicurazione contro i rischi per errori professionali, tale possibilità è interdetta

¹⁸⁷ L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) è stata soppressa dall'articolo 19 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 partire dal 25 giugno 2014 (sostituita ora dall'ANAC).

in caso di sanzioni erogate direttamente al funzionario, poiché l'assicurazione copre solo per gli eventuali danni erariali e cioè in caso di rivalsa della pubblica amministrazione sul funzionario pubblico, ma mai per le eventuali sanzioni comminate direttamente allo stesso.

Tali tipi di provvedimenti, dunque, sono percepiti dai destinatari in maniera particolarmente afflittiva e quindi, a parere di chi scrive, a maggior ragione vale per essi il rispetto del principio di proporzionalità e di contenimento della sanzione entro limiti ragionevoli che, per essere giustificati, devono, dunque, essere rapportati in maniera equilibrata all'illecito commesso.

3. La sanzione disciplinare nel pubblico impiego ed in specifico la sanzione disciplinare conservativa della multa a carico dei funzionari pubblici: la nascita e l'evoluzione storica di tali rimedi ideati dal legislatore con lo scopo essenziale di perseguire illeciti di portata minore e quindi di limitato contenuto afflittivo

Il funzionario pubblico, tuttavia, storicamente, a prescindere da fatti molto gravi ed estremi che comportavano e comportano l'applicazione di pene pecuniarie, o dopo le recenti riforme del pubblico impiego anche di sanzioni amministrative pecuniarie, è destinatario di provvedimenti sanzionatori di tipo disciplinare che solo recentemente sono diventati anche di tipo pecuniario.

La sanzione disciplinare, come è noto, è tradizionalmente definita come l'atto finale di un procedimento con cui il datore di lavoro pubblico o privato decide di perseguire il lavoratore che si è reso inadempiente ai suoi obblighi contrattuali, derivanti dalla non corretta esecuzione della prestazione di lavoro.

È, quindi, la reazione negoziale datoriale doverosa ed ordinaria alla inosservanza di tali obblighi che dovrebbero essere pattuiti consensualmente tra le parti in sede di stipula del contratto di lavoro.

Funzione e *ratio* di tale tipo di sanzione è, come già evidenziato in altra sede,¹⁸⁸ essenzialmente quella di ripristinare il corretto funzionamento della attività lavorativa lesa dal comportamento inadempiente, assicurare la continuità dell'attività di impresa o del servizio pubblico e garantire il corretto svolgimento del rapporto ed è quindi a tutela

¹⁸⁸ Capitolo I, paragrafo 7 pagina. 52 e nota 124.

della organizzazione o dell'ente pubblico¹⁸⁹ ed espressione della autotutela del datore di lavoro¹⁹⁰ e non ha, dunque, finalità primariamente afflittiva.¹⁹¹

Conserva comunque un carattere di intimidazione nei confronti sia dell'inadempiente che degli altri lavoratori inseriti nell'organismo pubblico o privato.

Non occorre la presenza di un danno all'ente o all'impresa di appartenenza per la sua configurazione, tanto è vero che la sanzione di tipo economico definita multa o la trattenuta in caso di sospensione, non è commisurata al danno effettivo nè entra nel patrimonio del creditore danneggiato, in quanto solitamente tale importo entra nel bilancio dell'amministrazione, ma viene utilizzato per attività a carattere previdenziale, ovvero destinato ad attività sociali per i dipendenti, secondo le disposizioni di gran parte dei contratti collettivi. Non ha neppure, dunque, finalità restitutoria o risarcitoria.¹⁹² Sotto questo profilo, dunque, presenta una natura analoga alla sanzione amministrativa di cui, però, come già detto, non né condivide la natura.

Gli obblighi contrattuali che incombono sui dipendenti sia pubblici che privati, alla trasgressione dei quali seguirebbe la reazione della sanzione, sono conseguenti alla prestazione lavorativa stessa nel rispetto dei principi contemplati dagli articoli 2104 e 2105 del codice civile e cioè dei principi della diligenza, obbedienza e fedeltà, richiamati per quanto riguarda l'aspetto disciplinare, dall'articolo 2106 del codice civile. La privatizzazione del pubblico impiego degli anni '90, infatti, ha avuto come effetto quello di trasformare radicalmente il rapporto di impiego con la pubblica amministrazione e la valutazione, quindi, anche delle condotte del dipendente pubblico nei confronti della amministrazione di appartenenza.

Il pubblico dipendente ha ora degli obblighi contrattuali meglio definiti dalla contrattazione collettiva, recepiti nel contratto individuale e nei codici di comportamento cui rinvia il decreto legislativo del 2001 e non più, quindi, dei doveri derivanti dal suo ruolo pubblico che lo vincolavano nei limiti di quanto previsto dallo

¹⁸⁹ Sul punto vedasi MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, op. cit., 168.

¹⁹⁰ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, op. cit., 170. È del medesimo parere anche VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2011, n. 5, 657.

¹⁹¹ Cass. Civ. sez. lav., 17 febbraio 1988, n. 1703, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1988, 373 e *Dir. e Pratica Lav.*, 2009, 31, 1841. Secondo tale sentenza le sanzioni disciplinari devono essere in sostanza intesi come pene private il cui scopo primario è quello di assicurare la continuità di impresa e l'ordinario e corretto svolgimento del rapporto di lavoro. Così anche una parte della dottrina ed in specifico VARDARO - GAETA, *Sanzioni disciplinari. I) Rapporto di lavoro privato*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, 3.

¹⁹² MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, op. cit., 169 – 170.

stesso e le sanzioni che ne conseguono non sono più espressione del potere autoritativo dell'amministrazione, frutto di una concezione di supremazia della pubblica amministrazione nei confronti dei propri dipendenti¹⁹³ che a partire dagli anni '20 (regio decreto 11 novembre 1923, n. 2395 sull'ordinamento gerarchico del personale civile dello Stato e regio decreto 30 dicembre 1923 n. 2960 sullo stato giuridico degli impiegati civili dello Stato¹⁹⁴ fino al D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 con il quale è stato creato uno speciale stato giuridico del dipendente pubblico) fino alle riforme di privatizzazione del pubblico impiego degli anni '90, ha comportato il progressivo e completo distacco del rapporto di lavoro pubblico dal diritto privato e la conseguente soggezione di tale rapporto al diritto amministrativo.¹⁹⁵ Le relative sanzioni, dunque, ora non possono più essere semplicemente ed eventualmente assimilate alle sanzioni amministrative, come accadeva nel passato, tanto è vero che nell'ambito del rapporto di lavoro pubblico l'accertamento degli inadempimenti contrattuali, come ora vengono definiti gli illeciti disciplinari ed il conseguente regime sanzionatorio, segue un procedimento con fasi ben precise ed inderogabili, dal momento che è a garanzia del buon andamento dell'organizzazione, ma è anche a tutela soprattutto del lavoratore dall'eventuale arbitrio dell'amministrazione e risponde, quindi, anche all'esigenza di bilanciare gli interessi aziendali con esigenze di tutela del lavoratore, onde evitare abusi.

¹⁹³ In realtà il concetto di supremazia speciale della pubblica amministrazione nei confronti dei propri dipendenti è da far risalire già a SANTI ROMANO che nel suo articolo, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giuris. ital.*, 1898 – dottrina e varietà giuridiche, IV, 253, rifà tale potere ad un “diritto di supremazia” da intendersi come “sovranità generale che lo Stato esplica in speciali rapporti di sudditanza fondati volta per volta non mediante un generale *jussum*, ma per mezzo di un suo atto diretto verso questa o quella persona tassativamente determinata”. Non così avveniva, però, per il medesimo periodo storico nel rapporto di lavoro privato dove BARASSI, in *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1915 I, 1917, II, 593, 594 considerava di matrice convenzionale il potere disciplinare, quale potere riconosciuto “contrattualmente” all'imprenditore e quindi “limitato dalla volontà di chi vi è sottoposto in quanto il lavoratore vi si sottopone volontariamente, e per un dato obiettivo, che ne segna i limiti”. Ciò comporta “la limitazione di questo potere all'elaborazione tecnica della prestazione commessa al lavoratore”. E non basta: nei limiti del contratto.

¹⁹⁴ Nella relazione allegata a quest'ultimo provvedimento addirittura si legge che il rapporto di pubblico impiego non è “una ordinaria prestazione di opera, ma è addirittura, un rapporto etico”. Nel periodo fascista si continua su questa scia e nel richiamare ai doveri del pubblico dipendente si rinvia a nozioni ampie ed indeterminate con forti connotazioni etiche come onore, decoro, morale e prestigio.

¹⁹⁵ TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, op. cit., 34, 35.

Tale sequenza di atti non corrisponde ad un semplice procedimento amministrativo,¹⁹⁶ così come inteso e disciplinato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, dal momento che ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 ogni azione e provvedimento è espressione comunque di capacità e di poteri del privato datore di lavoro (per questo si parla ora di privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico).

Tale condivisibile interpretazione è confermata dalla volontà del legislatore, espressa chiaramente all'articolo 67, comma 2 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, di mantenere la giurisdizione in materia di procedimenti e sanzioni disciplinari al giudice ordinario e tale volontà confermerebbe, come già visto, ancora una volta anche la natura negoziale delle sanzioni disciplinari.¹⁹⁷

La previsione e definizione di infrazioni e sanzioni è lasciata in linea generale alla contrattazione collettiva, anche se dopo la riforma operata dalla legge delega 4 marzo 2009, n. 15 e dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, la c. d. terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e le recenti leggi in materia di trasparenza ed anticorruzione viene riconosciuto un ruolo sempre più centrale, pregnante e prevalente alla legge ed un ruolo sempre più marginale alla contrattazione collettiva.

Il ripristino della centralità e supremazia gerarchica della legge sul contratto collettivo¹⁹⁸ (tanto è vero che una parte della dottrina amministrativistica¹⁹⁹ è del parere

¹⁹⁶ Di avviso contrario, MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Giorn. Dir. amministrativo*, 2010, n. 1, 38. Secondo tale studioso il potere disciplinare nel pubblico impiego è esercitato non nell'autonomia organizzativa che sarebbe una caratteristica dell'imprenditore, ma secondo competenze ben definite dalla legge e attraverso un procedimento amministrativo caratterizzato dalle garanzie tipiche del diritto amministrativo. Secondo lo studioso dopo la riforma del 2009 incentrata sulla autorità della legge e poco sull'autonomia contrattuale si pone un problema di collocazione e quindi di definizione di tale disciplina che appare dunque sempre più pubblicistica.

¹⁹⁷ Secondo CARINCI, in *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, 454, "il diritto è dato dal suo giudice", richiamando con ciò il famoso giurista e docente universitario Massimo D'Antona, per cui sarebbe afferente al diritto civile tutto quello che è assegnato come materia al giudice civile. Tesi condivisa anche dalla stessa Corte di Cassazione che ritiene che se nel caso dei conferimenti degli incarichi decide la magistratura ordinaria, questi a prescindere dall'essere attuati formalmente tramite provvedimenti amministrativi sono in realtà da considerarsi atti sostanzialmente privatistici.

¹⁹⁸ TENORE – PALAMARA - MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2013, 403.

¹⁹⁹ BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009 n. 5, I, 475, 479. Secondo tale autore con le leggi di riforma del 2009 viene operata una controriforma del lavoro pubblico diretta a ri-politicizzare e quindi ripubblicizzare la disciplina. Tale sua idea si basa sul fatto che dopo la riforma non ogni aspetto del rapporto di lavoro può essere regolato dai contratti, perché ora ci sono degli ambiti in cui la contrattazione non potrà più entrare. Quando si riferisce

che ci sia una inversione di tendenza a favore della ripubblicizzazione del rapporto di lavoro pubblico²⁰⁰ almeno per quanto riguarda gli aspetti disciplinari²⁰¹) è voluta per contrastare annacquamenti da parte sindacale in sede di contrattazione collettiva ed è pensata per potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici, opponendosi a fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo, così come previsto dall'articolo 67, comma 1, della riforma di cui al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 ed è considerata una reazione al cattivo funzionamento della macchina disciplinare nella pubblica amministrazione dovuta alla inattività del datore – dirigente ed al buonismo dei collegi arbitrali di disciplina (c.d. CAD).²⁰²

L'utilizzo degli strumenti che regolano il lavoro nell'impresa privata (leggi del lavoro privato ed in modo particolare il contratto collettivo) era pensato, in realtà, secondo la dottrina²⁰³ proprio per rendere più efficiente e più efficace il lavoro presso le pubbliche amministrazioni, ma tali strumenti evidentemente hanno fallito il loro obiettivo per molteplici motivi, fra cui anche l'eccessiva autonomia e disinvoltura dell'agire da parte dei dirigenti.

Gli interventi di riforma del 2009, ma anche la recente legge anticorruzione, legge 6 novembre 2012, n. 190 “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione” e la legge 7 agosto 2015 n. 124, dunque, hanno tentato di correggere il tiro proponendo un modello rigido incentrato fra l'altro sulla punizione severa dei comportamenti illeciti, vincolando i dirigenti nelle loro mansioni, sottraendo loro autonomia e misurando le loro

alla ripubblicizzazione intende in realtà soprattutto ripolitizzazione in quanto viene tolto il primato alla contrattazione – negoziazione dell'Aran a favore della disciplina unilaterale degli organi politici del Parlamento.

²⁰⁰ GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *Il lav. nelle Pubbl. amm.*, 2010, 579, 589 e 592. Secondo tale giurista la contrattazione collettiva nel settore pubblico ha fallito il suo scopo in quanto il funzionamento della macchina amministrativa presentava tali difetti che l'unico rimedio possibile è apparso quello della ripubblicizzazione di tale rapporto con il rafforzamento del versante politico. Ma tale rimedio non è un vero rimedio e sarebbe stato più necessario in realtà sanare la debolezza della dirigenza “dotandola di effettivi poteri gestionali” (589)

²⁰¹ MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Giorn. Dir. Amm.*, *op. cit.*, 34 ss.

²⁰² TENORE, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2013, 403. TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, *op. cit.*, 397.

²⁰³ BORGOGELLI, “Sulle nuove regole in materia di responsabilità disciplinare dei dipendenti e dei dirigenti pubblici”, in BATTINI - GARDINI, *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, *Quaderni della SPISA*, Bologna, 2012, 230 – 250.

responsabilità soprattutto in termini di esatto adempimento delle prescrizioni legislative.²⁰⁴

Il fine di queste riforme, infatti, non sarebbe solo punitivo – repressivo, ma anche costruttivo dal momento che ancora una volta viene ribadito il senso delle riforme della pubblica amministrazione proclamata a più riprese dal governo e cioè “potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici contrastando i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo”, così come già indicato nella legge delega del 4 marzo 2009 n. 15.

Le novità in tema disciplinare riguardano, perciò, l'intervento della legge in questo campo con norme non derogabili da parte della contrattazione collettiva nella definizione di illeciti, sanzioni e procedimenti, salvo espressa “autorizzazione” legislativa.

Il punto di riferimento, pertanto, da cui partire oggi per affrontare il tema della determinazione delle infrazioni e delle sanzioni disciplinari è ora costituito dalla legge ed in specifico dall'articolo 55, comma 2, secondo periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come sostituito dall'articolo 68, comma 1, decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, anche se il legislatore prevede, comunque, che “salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni rimanga di definizione dei contratti collettivi”.

Il fatto, però, che attualmente il perno del potere disciplinare sia la legge comporterebbe, tuttavia, a parere di chi scrive, una impossibilità di fatto da parte delle parti (datore di lavoro pubblica amministrazione e lavoratore pubblico) di controllare e di partecipare alla formazione dei contenuti e dei presupposti delle sanzioni che rimarrebbero, dunque, di esclusivo arbitrio del legislatore e del potere politico e tali scelte, dunque, possono a maggior ragione essere sindacate dal contraente debole, cioè, dal lavoratore unicamente sotto il profilo della proporzionalità e della compatibilità costituzionale e questo fatto difficilmente potrebbe non avere ricadute sulla qualificazione della natura della sanzione disciplinare che uscirebbe, dunque, del tutto dalla connotazione civilistica, frustrando fra gli altri proprio la finalità della riforma che è quello di rendere più efficiente e snella l'azione amministrativa e non già di paralizzarne le attività per ansia da prestazione o eccessivi timori sanzionatori da parte dei responsabili e collaboratori dei vari uffici pubblici.

Molteplici, perciò, sono attualmente le fonti basilari cui fare riferimento per la disciplina del lavoro nel pubblico impiego e cioè in specifico la legge in primo luogo, il codice

²⁰⁴ BORGOGELLI, *Sulle nuove regole in materia di responsabilità disciplinare dei dipendenti e dei dirigenti pubblici*, op. cit., 231.

civile, il contratto collettivo ed il codice di comportamento (così come riscritto dal D.P.R. 16 aprile 2013, n. 63 attuativo della legge anticorruzione del 6 novembre 2012 n. 190 e recepito dalle singole amministrazioni ex art. 54, comma 5, decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165), anche se, come si continua a ribadire, è la legge che in ogni caso prevale.

Il contratto collettivo interviene, infatti, solo in campi non regolati dal legislatore e questo significa che se un'infrazione disciplinare è prevista direttamente dalla legge, il contratto collettivo non può dettare una regolamentazione in contrasto con essa.

L'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, prevede, infatti, espressamente che le norme del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nonché le norme del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 sono disposizioni a carattere imperativo, le quali in nessun caso potranno essere disapplicate a seguito dei vari rinnovi contrattuali, salvo che diversamente non sia consentito espressamente appunto dalla legge.

Le sanzioni disciplinari che possono essere previste, dunque, da legge, ma anche dalla contrattazione collettiva rimangono in ogni caso quelle classiche e si distinguono in sanzioni estintive del rapporto di lavoro (licenziamento con o senza avviso) e sanzioni conservative, (rimprovero verbale, rimprovero scritto o censura, multa di importo variabile fino ad un massimo di quattro ore di retribuzione, sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni, sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da 11 giorni fino ad un massimo di sei mesi) a seconda se la loro applicazione comporta o meno la cessazione del rapporto di lavoro. A tali previsioni contrattuali, previste per i semplici dipendenti, vanno aggiunte sanzioni introdotte per tutti i dipendenti (lavoratore dipendente o dirigente) dalla riforma del 2009. Sanzioni inflitte al di fuori di tale elenco tipico sono illegittime.

Il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e da ultimo anche la legge anticorruzione, legge 6 novembre 2012, n. 190 hanno introdotto diverse ed ulteriori fattispecie sostanziali di illecito disciplinare con le relative sanzioni che si aggiungono alle preesistenti fattispecie di illecito di fonte primaria e contrattuale, come si vedrà più per esteso nel proseguimento della trattazione del presente studio.

Diversa disciplina e diverso rilievo ha tale distinzione, infine, a seconda se il lavoratore inadempiente è un semplice funzionario pubblico oppure un dirigente.

Tuttavia in entrambi i casi per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari è necessario il rispetto di alcuni principi che sono peculiari alla disciplina pubblica e che pare

opportuno richiamare in questa sede per verificare se le sanzioni oggetto della presente ricerca rispettano o meno gli stessi.

Essi, secondo la dottrina,²⁰⁵ si aggiungono e si affiancano al sistema sanzionatorio previsto per l'impiego privato e devono in ogni caso essere osservati anche dopo le recenti riforme.

Tra i vari principi interessanti per il presente lavoro di ricerca è opportuno esaminarne succintamente solo alcuni e cioè la proporzionalità della sanzione rispetto ai fatti commessi, il principio della parità di trattamento fra lavoratori in sede disciplinare, la gradualità sanzionatoria, (il contraddittorio procedimentale, comune al lavoro privato) e la permanenza della potestà disciplinare anche nei confronti di ex dipendenti.

La proporzionalità della sanzione disciplinare rispetto ai fatti commessi come principio è valevole per tutto il "diritto punitivo" (sanzioni penali, amministrative ex art. 11, legge 24 novembre 1981, n. 689, etc.) ed è richiamata per l'illecito disciplinare dall'art. 2106 c.c. che rinvia all'art. 55, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e impone di tener conto di tutta una serie di parametri sia oggettivi che soggettivi per la quantificazione della giusta sanzione ed ha come conseguenza il divieto di automatismi sanzionatori.²⁰⁶ Questo principio, in particolare, implica una accurata indagine sui fattori psicologici, ambientali e fattuali che hanno determinato il comportamento del lavoratore trasgressore che non viene, quindi punito a prescindere da essi.

La parità di trattamento tra lavoratori in sede disciplinare è un principio che non opera nell'impiego privato, ma come peculiarità del pubblico impiego perché espressione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione che impongono il doveroso rispetto della parità di trattamento sanzionatorio.²⁰⁷ Per non creare disparità di trattamento, il datore di lavoro dovrebbe tener conto di alcuni parametri quali, ad esempio, la pericolosità del comportamento del dipendente, il danno o meno causato alla pubblica amministrazione, la reiterazione o meno dell'infrazione, il profilo psicologico, ovvero, se l'azione compiuta è stata fatta con dolo o colpa ed anche la gradualità della stessa, il fatto ambientale quali, ad esempio, il carico di lavoro oppure pressioni dall'ambito politico o tempistiche inadeguate e molteplici altri fattori ancora

²⁰⁵ TENORE, *Le cinque responsabilità*, op. cit., 418. TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, op. cit., 399.

²⁰⁶ TENORE, *Le cinque responsabilità*, op. cit., 418, 419. TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, op. cit., 400, 401.

²⁰⁷ TENORE, *Le cinque responsabilità*, op. cit., 419. TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, op. cit., 401.

che di volta in volta andranno esaminati ed infine, a parere di chi scrive, del particolare vincolo fiduciario che si è creato fra il datore di lavoro pubblico ed il dipendente in ragione delle mansioni svolte o affidategli, del grado o livello nella scala gerarchica ricoperto e della professionalità e dell'esperienza maturata nel settore, per cui maggiore è l'affidamento per le peculiarità o l'ampiezza dei poteri /compiti svolti e più severa e rigorosa dovrebbe essere la valutazione di un illecito comportamento del dipendente.

La gradualità sanzionatoria prevede che il sistema sanzionatorio disciplinare debba osservare un progressivo e graduale inasprimento delle sanzioni applicabili, inteso come sempre crescente afflittività rispetto alla gravità dei fatti contestati ed in proporzione a comportamenti progressivamente più gravi e non deve prevedere salti logici tra una sanzione e l'altra.

La permanenza della potestà disciplinare anche nei confronti degli ex dipendenti,²⁰⁸ infine, contempla il caso in cui il dipendente con furbizia ha rassegnato le proprie dimissioni in vista o in corso del procedimento disciplinare. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha precisato, in più pronunce,²⁰⁹ la possibilità datoriale di esercitare il potere disciplinare "postumo" solo, però, nel caso eccezionale in cui il dipendente cessato sia stato in precedenza cautelatamente sospeso ed occorra definire i rapporti economici con l'amministrazione in vista di una eventuale *restitutio in integrum*. La sospensione cautelare, infatti, è una misura provvisoria che richiede in realtà l'intervento di un provvedimento definitivo, cioè quello disciplinare, che sia idoneo a regolare definitivamente i rapporti tra l'amministrazione ed il suo dipendente. La permanenza di tale potere disciplinare in capo agli ex dipendenti non parrebbe operare,

²⁰⁸ TENORE, *Le cinque responsabilità*, op. cit., 424. TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, op. cit., 406.

²⁰⁹ Cons. St, ad.plen, 6 marzo 1997, n. 8, in *Guida al diritto*, 1997, n. 14, 81, 83. Secondo tale pronuncia anche dopo la cessazione dal servizio del dipendente pubblico anteriormente al giudicato penale, l'amministrazione può iniziare un procedimento disciplinare ai fini di regolare gli effetti della sospensione cautelare. Così anche, Cons. St, 20 gennaio 1997, n. 1420, in *Cons. St*, I - 2, 1997, 1321-1323. Del medesimo parere anche la Cass., sez. lav., 5 marzo 2013, n. 5413, in *Foro it.*, 2013, I, 1513, riguardante comunque fattispecie ante decreto e legge delega del 2009, secondo la quale "alla medesima stregua di quanto avviene nel rapporto di impiego privato la cessazione del rapporto faccia venir meno l'esercizio del potere disciplinare che potrebbe concludersi solo con un provvedimento idoneo ad incidere su di un rapporto di lavoro esistente e non già cessato". 1514. Per un particolare commento si rimanda a GRISANTI, *Effetti preclusivi sul procedimento disciplinare della cessazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Vol. XVI – marzo – aprile n. 2, Milano, 2013, 471, 476.

dunque, nel caso in cui questi siano stati sottoposti a semplice multa o sanzione pecuniaria.

A mio avviso, tuttavia, le eventuali pendenze economiche come, ad esempio, le somme comminate per una multa – sanzione dovrebbero poter, in ogni caso, essere recuperate attraverso gli ordinari strumenti civilistici, instaurando un procedimento *ad hoc* postumo, ma solo nell'evenienza in cui il procedimento disciplinare si sia concluso, quando il dipendente era ancora in servizio, ma non in caso di dimissioni volontarie del lavoratore in corso di procedimento disciplinare e prima, quindi, della definizione di esso.

Se questi sono i principi comuni e generali alle varie tipologie di sanzioni disciplinari che vanno in ogni caso tenuti presenti e considerati per verificare se le sanzioni pecuniarie oggetto della presente ricerca sono conformi alle caratteristiche ed alla *ratio* della comune sanzione disciplinare, la sanzione le cui caratteristiche sono da indagare ai nostri fini è, però, unicamente quella conservativa.

Storicamente le sanzioni disciplinari conservative erano previste fin dalle origini nel settore privato quale reazioni ai comportamenti illeciti dei lavoratori subordinati e storicamente partivano da sanzioni minimali per infrazioni di portata minore consistenti per lo più in reazioni di tipo “morale”, quali rimproveri orali e scritti, per assumere via via carattere sempre più afflittivo e pregnante in presenza di azioni o omissioni più gravi, soprattutto nel periodo successivo alla caduta del sistema corporativo fascista con l'aggiunta di sanzioni come la multa e la sospensione con o senza privazione della retribuzione.

Nel rapporto di lavoro pubblico, invece, il potere disciplinare fu regolato molto prima che nel settore privato a partire già dalla legge 25 giugno 1908 n. 290, confluita nel Testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati civili, la nota legge Giolitti – Orlando (prodromi di tale legge si rinvengono nel Regio Decreto 22 novembre 1908, n. 693, pubblicato in G.U. il 15 dicembre 1908 con l'intestazione “Approvazione del T.U. delle leggi sullo stato giuridico degli impiegati civili”) e da subito tale potere fu messo in relazione con il concetto di supremazia speciale della pubblica amministrazione sui propri dipendenti.

Tale tesi comportò, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, un ampliamento ingiustificato dei doveri dei dipendenti pubblici, che in quanto al servizio della nazione (concezione del dipendente pubblico come “servitore dello Stato”, idea questa richiamata dalla stessa Carta costituzionale all'articolo 98, comma 1), conservavano tale

status particolare, connesso all'esercizio delle pubbliche funzioni, anche nell'ambito della vita privata.

Il pubblico impiegato, infatti, doveva conservare buona condotta civile e morale non “solo per quanto riguardava i suoi rapporti con l'amministrazione, ma anche in qualunque manifestazione della sua attività, pubblica e privata”.²¹⁰ Ad esso era richiesta la buona condotta morale che consisteva nella rettitudine, nel senso morale e nell'onore, in quanto, secondo la dottrina²¹¹ del tempo, era impossibile che l'amministrazione pubblica potesse conservare nella sua organizzazione e riporre fiducia in un soggetto che fosse moralmente incapace, perché questo avrebbe causato un danno al prestigio della stessa.

L'amministrazione pubblica in quanto soggetto avente “signoria speciale” sui propri dipendenti aveva, dunque, ampia discrezionalità nella determinazione dei comportamenti illeciti da reprimere e le relative sanzioni (già nella legge Giolitti tali sanzioni erano la censura, la riduzione dello stipendio e la sospensione della qualifica come rimedi di tipo conservativo, fino alla destituzione per i fatti più gravi) non erano connotate dalla tipica rigidità che in seguito assunsero con le successive riforme e così anche il procedimento disciplinare, pur previsto, era caratterizzato da una tale complessità da di fatto risultare inapplicabile soprattutto per le sanzioni più gravi.²¹²

Nel Testo Unico sugli impiegati civili dello Stato D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (detto anche statuto del pubblico impiego, in seguito citato per brevità T.U. 3/1957), tuttavia, si cercò di limitare tale potere arbitrario della pubblica amministrazione per cui all'articolo 78 venivano tassativamente indicate le sanzioni disciplinari che la dottrina, per quelle conservative quali la censura, la riduzione temporanea dello stipendio e la sospensione dalla qualifica, qualificava come correttive in quanto “ come le pene medicinali della dottrina canonistica, tendono all'emendamento del colpevole”.²¹³

²¹⁰ ZANOBINI, *Doveri e responsabilità degli impiegati*, in *Corso di diritto amministrativo*, Vol. III L'Organizzazione amministrativa, Milano, 1958, 302.

²¹¹ ZANOBINI, *Doveri e responsabilità degli impiegati*, *op. cit.*, 302.

²¹² Sul punto vedasi approfonditamente RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, 278, secondo il quale la responsabilità disciplinare trova il suo fondamento nella “supremazia speciale” della pubblica amministrazione e si concretizza in fatti commessi dall'impiegato in violazione dei suoi doveri, anche se non previsti né descritti da nessuna norma specifica. Ciò comporta un accertamento discrezionale da parte degli appositi organi della pubblica amministrazione che ha il potere di reprimere ogni “mancanza” potenzialmente lesiva dell'ordinamento interno, indipendentemente dalla produzione di un danno con disattenzione di fatto del principio “*nullum crimen sine lege*”.

²¹³ ZANOBINI, *Doveri e responsabilità degli impiegati*, *op. cit.*, 304.

La tassatività delle pene disciplinari era dovuta al fatto che si riteneva proprio del diritto moderno il principio mutuato dal diritto penale di non ammettere pene non previste dalla legge e rispondeva in ogni caso al principio di legalità della pena, previsto nell'articolo 25 della Costituzione.

La sanzione conservativa di tipo pecuniario, che più interessa alla presente ricerca, fu prevista sia nel settore pubblico che per il lavoro privato e relegata fin da subito ai primi o più bassi scalini delle reazioni di tipo datoriale dopo il rimprovero verbale e la censura o rimprovero scritto per tutta una serie di illeciti di portata minore e per questo fu pensata in misura contenuta anche alla luce di quanto previsto rispetto all'articolo 36 della Costituzione.

Nel rapporto di lavoro privato la multa, come reazione di tipo pecuniario, veniva prevista originariamente dal comma 4 dell'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori ed in ogni caso prevedeva dei limiti massimi alla sua applicazione nella misura non superiore a quattro ore della retribuzione base.

La pena pecuniaria nel settore pubblico come rimedio conservativo veniva prevista originariamente nel T.U. 3/1957 espressamente solo per il personale ausiliario o subalterno e doveva consistere in una sanzione non eccedente la retribuzione di una giornata di lavoro (articolo 134 del T.U. sugli impiegati civili dello stato).

Venivano previste analoghe sanzioni economiche per gli impiegati civili che non venivano qualificate, però, espressamente come sanzioni pecuniarie e si concretizzavano nella riduzione dello stipendio che in ogni caso non poteva superare il quinto dell'ammontare di una mensilità dello stipendio né avere una durata superiore a sei mesi per le infrazioni più gravi (*ex* articolo 80).

Nel caso della sospensione dalla qualifica era prevista la privazione di ogni emolumento per un periodo massimo di sei mesi, ma tale privazione non era comunque totale in quanto erano in ogni caso garantiti gli assegni per carichi di famiglia (articoli 81 ed 82) e un assegno alimentare non superiore ad un terzo dello stipendio.

In tutti questi casi era da osservarsi, comunque, il principio che la sanzione comminata dovesse essere proporzionata alla gravità dei fatti contestati.²¹⁴

Con la prima tornata di privatizzazione della pubblica amministrazione il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 ha di fatto abrogato la disciplina dettata dal T.U. 3/1957 in materia di responsabilità disciplinare. Tale legge è stata a sua volta modificata nelle successive leggi di privatizzazione del pubblico impiego ed in particolare dal

²¹⁴ FALCONE - POZZI, *Il pubblico impiego nella giurisprudenza*, Milano, 1990, 458, 459.

decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 a sua volta recepito dal decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 che all'articolo 55 prima delle modifiche della riforma del 2009 al secondo comma ha previsto espressamente che nell'ambito dei rapporti di lavoro privatizzati si applicassero l'articolo 2106 del codice civile e l'articolo 7 commi 1, 5 e 8 dello Statuto dei Lavoratori (legge 20 maggio 1970 n. 300), ma non il comma 4 che si riferiva appunto alla multa, stabilendone anche l'ammontare massimo ed al terzo comma rinviava alla contrattazione collettiva la definizione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni.

La contrattazione collettiva, dunque, aveva previsto, fin da subito, al terzo posto della scala delle reazioni (quello più basso) la sanzione della multa di importo variabile fino ad un massimo di quattro ore di retribuzione, colmando di fatto tale lacuna.²¹⁵

Da ciò si desume che la sanzione pecuniaria della multa nel pubblico impiego privatizzato in realtà non è prevista in maniera espressa dalla legge, ma si potrebbe argomentare che comunque un riferimento indiretto rimane, dal momento che dopo la riforma del 2009 è operante, in ogni caso, il rinvio generale alle norme della legge 20 maggio 1970 n. 300, operato dall'articolo 51, comma 2 del decreto legislativo n. 165 del 2001, che al comma 4 dell'articolo 7 menziona la multa che ad ogni modo non deve superare le quattro ore.

Il decreto legislativo n. 150 del 2009, tuttavia, merita ricordarlo, non fa più alcun riferimento espresso all'articolo 7.

Da ciò si potrebbe ancora desumere che tale comma sia implicitamente derogato dalla normativa seguente, soprattutto sotto il profilo della previsione di sanzioni pecuniarie di entità superiore a quella prevista, ma è mantenuto in vita in ogni caso nei contratti collettivi esaminati, anche dopo la riforma del 2009, che anche sotto questo profilo, riservano una certa attenzione soprattutto all'ammontare massimo.²¹⁶

La misura della multa non superiore a quattro ore della retribuzione base, come già accennato, dà applicazione dei principi costituzionali e dei principi di diritto pubblico sopraccitati. L'applicazione di sanzioni pecuniarie sproporzionate viola, infatti, va ancora una volta sottolineato, il principio dell'articolo 36 della Costituzione che prevede

²¹⁵ Per il comparto dei Ministeri ad esempio il CCNL quadriennio normativo 1994 -1997 in www.aranagenzia.it, all'articolo 24 prevede fra le sanzioni, il rimprovero verbale del quale, comunque, rimane traccia scritta agli atti dell'amministrazione, il rimprovero scritto o censura e la multa di importo variabile fino ad un massimo di quattro ore di retribuzione.

²¹⁶ Vedasi articoli 52 e 53, comma 4, CCNL DigitPa del 21 aprile 2011, che prevede il rimprovero e la multa fino a quattro ore di retribuzione.

il diritto del lavoratore al giusto salario ed in ogni caso ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

Per questo motivo sia la legge che i contratti collettivi, anche dopo gli interventi del legislatore nel 2009, prevedono una sanzione, anche nel caso di sospensione del lavoro e della retribuzione, fino ad un massimo di tre mensilità nei casi più gravi (come il caso di condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno derivante dalla violazione, da parte del lavoratore dipendente, degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa ai sensi dell'articolo 55 sexies del decreto legislativo n. 165) con la sola eccezione della sanzione della sospensione dal servizio e dalla retribuzione per un periodo massimo di sei mesi, nei casi più gravi descritti, però, tassativamente dalla normativa e dai contratti collettivi.

Anche in caso di reati compiuti dal dipendente ed in corso di accertamento penale, che è sicuramente la situazione più grave in cui può incorrere il lavoratore pubblico, pure in quest'ultimo particolare caso la privazione della retribuzione non è totale, ma la sospensione della retribuzione è prevista fino al decimo giorno, mentre, a decorrere dall'undicesimo, viene corrisposta allo stesso una indennità pari al 50% della retribuzione indicata dal CCNL, nonché gli assegni del nucleo familiare, ove spettanti.²¹⁷

La sanzione della multa, addirittura, non è neppure prevista come rimedio soddisfacente per punire fattispecie in ogni caso minori da alcuni legislatori regionali, considerando evidentemente altri strumenti più efficaci e più opportuni di questo rimedio economico. La Provincia autonoma di Bolzano, ad esempio, non contempla tale possibilità, né nella recente legge provinciale 19 maggio 2015, n. 61 né a livello di contratto di intercomparto.²¹⁸

²¹⁷ Tale limite di fatto è stato confermato anche da un parere della Corte dei conti, sezione regionale di controllo del Piemonte che con propria deliberazione n. 8/2013/SRCOIE/PAR del 23 gennaio 2013 precisa che quanto corrisposto ad un dipendente comunale sospeso in via cautelare dalla retribuzione ai sensi dell'articolo 5 commi 1 e 7, CCNL comparto Regioni – autonomie locali quadriennio normativo 2006 -2009 tuttavia, è un indennità con finalità più propriamente assistenziale che retributiva, volta evidentemente ad assicurare il mantenimento della persona del dipendente e della sua famiglia, pur in assenza della attività lavorativa.

²¹⁸ L'articolo 33 della legge provinciale 19 maggio 2015, n. 61, entrata in vigore dopo la normativa anticorruzione, non contempla una sanzione disciplinare del tipo di quella irrogata dall'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. L'unica sanzione economica applicata ed eventualmente prevista è quella della riduzione dello stipendio e della sospensione dal servizio, ma sempre nel rispetto ai

Una sanzione disciplinare che non fosse proporzionata e rispettosa del principio di retribuzione sufficiente potrebbe essere sospettata, dunque, di incostituzionalità per violazione della disposizione costituzionale di cui all'articolo 36, dal momento che, da una lettura rigorosamente tecnica della normativa, la legge dovrebbe introdurre precisi limiti quantitativi rispetto alle sanzioni considerate più "aggressive", in quanto direttamente incidenti sul credito retributivo del lavoratore che può venir limitato solo fino ad un certo punto in quanto, la principale posizione soggettiva del lavoratore trova appunto protezione costituzionale in tale articolo della Costituzione. Diversamente ragionando, fra le altre considerazioni fatte, si rischierebbe di subordinare tale articolo di rango superiore a leggi statali o addirittura, ove prevista, alla contrattazione collettiva.

La contrattazione collettiva, potrebbe, è vero, anche in presenza di una legge che definisca l'ammontare, aumentare o diminuire l'importo della sanzione – multa, anche se tale scelta non esonera, comunque, la contrattazione collettiva dal rispetto del principio di proporzionalità, tanto è vero che la stessa si è storicamente, come già accennato, fatta carico in modo particolare nel settore privato di introdurre limiti quantitativi addirittura più bassi all'entità della multa previsti dalla legge (si è sempre parlato di due o tre ore massime di retribuzione),²¹⁹ e nel pubblico si è attenuta a quanto previsto originariamente dallo Statuto dei Lavoratori (legge 20 maggio 1970 n. 300).

La previsione di una sanzione disciplinare comporta necessariamente, infine, che essa sia la conseguenza di una infrazione, cioè, di una violazione degli obblighi contrattuali il cui elenco è tassativamente previsto.

L'applicazione di una multa di fatto consegue alla violazione di compiti ben definiti la cui inottemperanza ed il cui accertamento al termine del procedimento disciplinare determina la convinzione del datore di lavoro pubblico della inefficienza o meglio della quantomeno incompetenza professionale del dipendente o superficialità dello stesso nello svolgimento dei propri compiti o mansioni che mina il rapporto di fiducia e di fedeltà con l'amministrazione di appartenenza, e storicamente viene considerata sia dalla legge che dalla contrattazione collettiva un blando rimedio ad illeciti minori, un primo avvertimento al lavoratore della "scontentezza" del datore di lavoro per il suo operato, secondo una scala di valori e di percezioni predefinita.

principi della gradualità e proporzionalità delle sanzioni in relazione alla gravità dell'infrazione e per casi oggettivamente molto gravi. Tali sanzioni valgono sia per dipendenti che per dirigenti.

²¹⁹ Sul punto si è espresso meglio, MAINARDI, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, 2012, 94, 95, 100, 101.

4. Il procedimento disciplinare per la sanzione conservativa della multa a carico del pubblico dipendente con qualifica non dirigenziale: cenni

Qualche accenno, seppur breve, merita, infine, il tema del procedimento disciplinare a carico del dipendente e del dirigente pubblico per completezza della trattazione dell'argomento, ma anche perché, come precedentemente illustrato e come ritenuto anche da una parte della dottrina,²²⁰ illecito e procedimento sono strettamente intrecciati e possono portare alla individuazione concreta della natura della fattispecie sanzionatoria.

Tale procedimento segue fasi ben precise e rigorose ed era già disciplinato dal D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (Statuto pubblico impiego): la prima fase consiste nella contestazione dell'addebito che avviene necessariamente in forma scritta *ad substantiam* a pena di nullità ed è prevista dall'articolo 55 - bis, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 per le infrazioni e sanzioni "minori" fra le quali, come già visto, rientrano le sanzioni pecuniarie. Nel caso della multa, competente per l'azione disciplinare è il responsabile della struttura con qualifica dirigenziale che deve attivarsi tempestivamente e cioè entro e non oltre 20 giorni dalla conoscenza piena del comportamento punibile da parte del dirigente ed il procedimento deve concludersi entro e non oltre 60 giorni dalla contestazione. Tali termini *de quo e dies a quo* dopo le riforme sono perentori. Qualora la struttura non abbia un responsabile dirigente la titolarità del potere disciplinare spetta all'Ufficio procedimenti disciplinari (U.P.D.) ai sensi dell'articolo 55- bis, comma 3.

Il riparto di competenza fra i due organi disciplinari è inderogabile per ciascuna sanzione per cui un procedimento instaurato da un soggetto diverso è illegittimo e la sanzione irrogata è affetta da nullità dal momento che si tratta di violazione di norme di legge inderogabili sulla competenza.²²¹

La contestazione dell'addebito deve essere "piena" e specifica e cioè il responsabile del procedimento disciplinare deve indicare in modo preciso i fatti addebitati per consentire una idonea difesa. La finalità è, infatti, quella di dare certezza ed immutabilità al contenuto dell'infrazione. Si tratta di atto unilaterale recettizio per cui deve essere portato a conoscenza del destinatario per poter produrre tutti gli effetti ed ogni mezzo di comunicazione certa viene considerato idoneo, così come previsto dall'articolo 55 - bis, comma 5.

²²⁰ Vedasi al riguardo nota 27 MOR e nota 28 SINISCALCO.

²²¹ Cass. sez.lav..., 25 luglio 2011, n. 16190, in *Il Lav. nelle p.a.*, 2011, 3 - 4, 591.

La seconda fase è costituita dall'istruttoria che consiste in sostanza nell'audizione del funzionario interessato che può anche inviare memorie difensive nel pieno rispetto del diritto del contraddittorio, ma che in ogni caso deve essere convocato ed ha il diritto di farsi assistere da un difensore detto "procuratore" o da un rappresentante sindacale o da entrambi.

Il contraddittorio procedimentale è, infatti, uno dei principi che vengono ritenuti peculiari nel procedimento per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari nel pubblico impiego ed è anche un principio costituzionale fondamentale che deve essere rispettato anche nelle sanzioni disciplinari quale diritto alla difesa e quindi il diritto dell'incolpato di poter essere sentito oltre che il diritto di produrre prove e documenti (come già previsto dal D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3). Si può proprio sostenere anzi che l'elemento fondante l'intero sistema disciplinare e non solo sia proprio questo principio, la cui inosservanza conduce all'illegittimità della sanzione eventualmente irrogata e che si concretizza in realtà nella semplice comunicazione e contestazione in modo pieno e circostanziato dei fatti ascritti, così da porre il pubblico dipendente in grado di difendersi in una situazione di piena consapevolezza.

L'esito dell'istruttoria chiude il procedimento disciplinare con l'assoluzione dell'incolpato oppure infliggendo la giusta proporzionata pena entro 60 giorni dalla data di ricezione della contestazione dell'addebito (atto recettizio) o del suo rifiuto da parte dell'interessato. Entro tale termine di 60 giorni la sanzione va adottata²²² e non già semplicemente notificata al lavoratore. A questo riguardo fa fede fino a querela di falso la data apposta in calce al provvedimento dirigenziale che infligge la sanzione.

Rispetto all'elemento psicologico ed ai fini della graduazione della multa rispetto al fatto contestato il dirigente deve fare riferimento ai parametri contrattuali presenti in tutti i CCNL²²³ di comparto che richiamano criteri quali l'intenzionalità del comportamento, la rilevanza della violazione di norme o disposizioni, al grado di disservizio o di pericolo provocato dalla negligenza, imprudenza o imperizia dimostrate, tenuto conto anche della prevedibilità dell'evento, dell'eventuale sussistenza di circostanza aggravanti o attenuanti, al grado di responsabilità derivante dalla posizione di lavoro occupata dal dipendente, al comportamento complessivo del lavoratore con particolare riguardo ai precedenti disciplinari ed al comportamento verso gli utenti.²²⁴

²²² TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, op. cit., 421.

²²³ Vedasi in particolare i CCNL 2002 -2005 e CCNL 2006 – 2009 – ARAN, *Raccolta sistematica delle disposizioni contrattuali nel comparto Ministero 2012 – Codice disciplinare*, in www.mef.gov.it, 109.

²²⁴ TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, op. cit., 422.

Per l'applicazione adeguata di una multa, così come di ogni adeguata sanzione disciplinare, è necessario, dunque, valutare il fatto commesso sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo nella sua realtà fattuale. Il dirigente, infatti, non dovrebbe applicare automaticamente la sanzione predeterminata in astratto dal legislatore, ma dovrebbe unicamente applicare, a seguito della attenta valutazione dei fatti e dalle circostanze emerse dall'istruttoria, quella sanzione che gli appare più congrua e ne deve dare conto nella motivazione del provvedimento adottato.²²⁵

Nell'applicazione della multa il dirigente, infine, deve tener conto anche di una eventuale recidiva del comportamento del lavoratore.

Dopo la c.d. terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni del 2009 il tema della recidiva nelle sanzioni disciplinari è diventato, però, problematico visto che la normativa attuale ha eliminato il rinvio all'articolo 7 dello Statuto dei Lavoratori che al comma 8 la contemplava e nulla è previsto dal d.lgs. n. 165 del 2001 al riguardo (vengono considerati i precedenti del lavoratore ai fini della applicazione di sanzioni anche gravi come il licenziamento, ma nulla è scritto in maniera esplicita sulla recidiva) e che, quindi, non esisterebbe alcuna norma espressa di legge sulla recidiva relativa al pubblico impiego.

Rimane come punto di riferimento ancora una volta, quindi, la contrattazione collettiva ed in specifico il CCNL DigitPa del 12 aprile 2011 che prevede la sanzionabilità di comportamenti commessi e sanzionati nei due anni precedenti alla contestazione del fatto, intendendosi come momento da cui far decorrere il computo dei due anni ai fini della considerazione della recidiva quello in cui la sanzione viene applicata.

La dottrina alla luce dei principi costituzionali continua a ribadire il concetto, tuttavia, che in materia di sanzioni disciplinari l'applicazione della recidiva non è automatica, ma

²²⁵ LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare* in TIRABOSCHI - VERBARO, *La nuova riforma del diritto del lavoro*, 2010, 483 - 484. Permane, infatti, in capo alla pubblica amministrazione un'ampia discrezionalità rispetto alla valutazione della gravità dei fatti commessi e sulla conseguente sanzione da irrogare alla luce sempre del principio di proporzionalità quale strumento atto ad assicurare al potere pubblico la legittimità dell'agire e ad evitare che si trasformi in arbitrio. Tale ampia discrezionalità rimane sindacabile da parte del giudice amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere in tutti i casi in cui vi sia stato un travisamento dei fatti oppure la relativa motivazione sia sprovvista di logicità e di coerenza. Vedasi sul punto in particolare, Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1203, in www.giustizia-amministrativa.it.

va sempre considerata tenendo conto di tutte le variabili del fatto concreto e sempre nel rispetto dei principi costituzionali della proporzionalità della pena.²²⁶

L'applicazione o meno della recidiva dovrebbe essere lasciata alla valutazione del magistrato in caso di conseguenze gravi come potrebbe essere quelle portanti al licenziamento e non lasciata all'arbitrio ed alla discrezionalità del datore di lavoro.

È necessario sottolineare, comunque, che anche la semplice applicazione di una multa in termini di recidiva può nel tempo avere delle conseguenze anche molto gravi.

Infatti dopo la riforma del 2009 al decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 le sanzioni disciplinari sono state notevolmente inasprite ed è necessario opporsi, a mio giudizio, anche alle violazioni di minor gravità come quelle delle sanzioni pecuniarie, dal momento che sottovalutarle potrebbe avere conseguenze anche gravi per il lavoratore pubblico.

L'articolo 55 quater al comma 2, infatti, prevede che il licenziamento disciplinare può essere disposto anche se la prestazione lavorativa è stata valutata, nell'arco temporale non inferiore al biennio, di insufficiente rendimento e questo può essere dovuto anche alla reiterata violazione degli obblighi riguardanti la prestazione stessa, previsti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo, richiamato dal contratto individuale, da atti o provvedimenti dell'amministrazione o dai codici di comportamento e quindi anche in caso di applicazione di una multa.

Da ciò si comprende, perciò, quale importanza può avere la recidiva e come la sommatoria di più sanzioni pecuniarie applicate per lo stesso motivo può comportare anche il licenziamento.

Come rimedio giurisdizionale, in definitiva, non rimane altro che il ricorso al giudice ordinario sezione lavoro, in quanto il patteggiamento nella forma conciliativa resta pur sempre un precedente computabile ai fini della recidiva.

5. Le sanzioni disciplinari conservative a carico dei dirigenti come novità introdotta dalla riforma del 2009

Per quanto attiene la presente indagine, di estremo interesse è la trattazione delle sanzioni conservative a carico dei dirigenti di pubbliche amministrazioni.

²²⁶ MAINARDI, *La responsabilità ed il potere disciplinare*, in *Diritto del lavoro. Commentario* (diretto da) Carinci F., Vol. V, *Il lavoro nelle pubb. amministrazioni*, (a cura di) Carinci F., Zoppoli L., Torino, 2004, 875.

Il dipendente con qualifica dirigenziale può, infatti, rendersi colpevole di inadempimento contrattuale ogni qualvolta dolosamente o colpevolmente viola le regole giuridiche di natura contrattuale e legislativa previste del suo contratto di lavoro, incorrendo, dunque, in sanzioni di vario tipo, così come avviene per qualsiasi altro dipendente pubblico.

Prima della riforma del 2009 e quindi della tornata contrattuale 2006 - 2009 Area dirigenza, al dipendente con qualifica dirigenziale non potevano essere applicate, tuttavia, sanzioni conservative, ma solo la sanzione estintiva del licenziamento.

Questo perché si ritenevano storicamente incompatibili tali sanzioni con il particolare rapporto fiduciario che lega il dirigente pubblico con la pubblica amministrazione di appartenenza, anche se tale elemento fiduciario nel rapporto di lavoro pubblico assume, comunque, una connotazione peculiare rispetto a tale elemento nel rapporto di lavoro privato. Infatti nel pubblico impiego la fiducia assume una caratterizzazione oggettiva che si concretizza nella specifica idoneità tecnico – professionale del dirigente prescelto ad attuare l'indirizzo politico ed in ogni caso tale fiducia deve rispettare il principio funzionale tra politica ed amministrazione in modo tale che in nessun caso si può configurare il dirigente quale *alter ego* del politico, come ricorda la dottrina.²²⁷

La riforma del 2009 ha puntato a riformare in maniera drastica il ruolo e la disciplina della dirigenza nell'ottica di estendere al settore pubblico il modello imprenditoriale del settore privato, dal momento che si riteneva che una delle cause di mal funzionamento della pubblica amministrazione stesse anche nelle inefficienze dell'azione della dirigenza, perché non dotata veramente dei medesimi poteri del datore di lavoro privato e comunque non veramente intenzionata ad utilizzare tutti gli strumenti previsti e messi a sua disposizione per l'esercizio concreto del proprio potere disciplinare.

Per questo motivo si è tentato di accrescere i poteri datoriali nel settore pubblico offrendo ai dirigenti strumenti concreti ed efficaci di governo del personale e prevedendo, però, in aggiunta tutta una serie di obblighi e responsabilità anche ulteriori con tutto il loro apparato sanzionatorio conseguente.

L'assoggettamento del dirigente pubblico a sanzioni conservative deve essere vista in quest'ottica ed è comunque anch'essa deve essere rispettosa del principio di gradualità e di proporzionalità sanzionatoria che dovrebbe informare tutto il pubblico impiego privatizzato indipendentemente dalla qualifica.

²²⁷ BOSCATI, *La responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *Il Lavoro nelle pubbliche Amministrazioni*, 2014, 4.3.

La c.d. terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni (decreto legislativo 27 ottobre 2009, che ha riformato il decreto legislativo del 30 marzo 2001 nr. 165 del 2001) ha previsto tutta una serie di tipologie di nuove sanzioni conservative che vanno, come è noto, dalla sospensione dal servizio (articolo 55 – bis ed articolo 55 – *sexies*) alla previsione anche di sanzioni pecuniarie, qualificate come “multe”. Per quanto riguarda tali sanzioni, l’articolo 55, comma 2, del d.lgs n. 165/2002 rinvia al CCNL²²⁸ ed al codice disciplinare.

Tali fonti prevedono obblighi analoghi al personale non dirigenziale, pur tenendo presente la particolarità, però, delle competenze e mansioni spettanti al dirigente.

La sanzione pecuniaria disciplinare a carico del dirigente va da un minimo di 200 ad un massimo di 500,00 euro. Tale sanzione, secondo quanto previsto in maniera uniforme da tutti i contratti, deve essere applicata nel rispetto sempre dei noti e sopraccitati principi.

In particolare la sanzione pecuniaria è contemplata per alcuni casi peculiari come, ad esempio, l’inosservanza delle direttive, dei provvedimenti e delle disposizioni di servizio.

La dottrina²²⁹ da tempo si è chiesta, però, se tale misura sanzionatoria sia sensata o se, invece, sia più logico e conseguente farla confluire nel provvedimento di decurtazione dell’indennità dirigenziale conseguente all’illecito dirigenziale.

6. Il procedimento disciplinare sanzionatorio a carico del dirigente: la sanzione conservativa della multa: cenni.

Alcuni brevi cenni devono essere compiuti, infine, ai fini di completezza espositiva, anche rispetto al procedimento disciplinare a carico del dirigente sotto il profilo della irrogazione della sanzione pecuniaria.

La segnalazione dell’illecito del dirigente è attribuita al superiore gerarchico e dopo l’entrata in vigore del D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici ai sensi dell’articolo 8, anche da qualsiasi altro dipendente pubblico. La competenza dell’intero procedimento dalla contestazione all’applicazione

²²⁸ Vedasi in particolare i vari CCNL di comparto 2006 -2009, area dirigenza, TENORE, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente, Appendice Normativa, op. cit.*, 528 e ss.

²²⁹ BOSCATI, *L’assoggettamento del dirigente a sanzioni disciplinari conservative*, in *Il lavoro delle pubbliche amministrazioni*, Vol. XVII - maggio - agosto 2014 3/4, 563 - 578.

della sanzione spetta, come anche ribadito dalla giurisprudenza di Cassazione,²³⁰ per le sanzioni minori del rimprovero verbale e della censura al dirigente sovraordinato, mentre spetta all'U.P.D. (Ufficio per i procedimenti disciplinari) per gli altri illeciti minori puniti con sanzioni pecuniarie o sanzioni maggiori per comportamenti più gravi. Ipotesi di riparto o di attribuzione della competenza particolari sono state, infatti, introdotte dalla legge ed in particolare dall'articolo 55-*bis*, quarto comma. Nei casi ivi elencati, viene introdotta una forma di dissociazione fra l'organo competente ad istruire il procedimento disciplinare ed il titolare del potere di applicazione della sanzione che coincide con il dirigente generale o con il titolare dell'incarico conferito ai sensi dell'articolo 19, comma 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

Merita segnalare anche a questo riguardo che una sanzione conservativa applicata da un organo in luogo di un altro è illegittima per essere stata irrogata da un soggetto incompetente, così come anche ribadito più volte dalla giurisprudenza.²³¹

²³⁰ Corte di Cass., sez. lavoro, sentenza 4 dicembre 2013, n. 27128, in www.italgiure.giustizia.it.

²³¹ Corte di Cass., sez. lavoro, sentenza 4 dicembre 2013, n. 27128, in www.italgiure.giustizia.it: “Orbene, come è stato affermato da questa Corte, “in tema di rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ai sensi dell’art. 59, quarto comma, del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, trasfuso nell’art. 55 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, tutte le fasi del procedimento disciplinare sono svolte esclusivamente dall’ufficio competente per i procedimenti disciplinari (u.c.p.d.), il quale è anche l’organo competente alla irrogazione delle sanzioni disciplinari, ad eccezione del rimprovero verbale e della censura. (...) Nel contempo questa Corte ha anche precisato che “nel pubblico impiego contrattualizzato, trova applicazione anche con riferimento alla dirigenza sanitaria il principio di cui all’art. 55 del d.lgs. 165 del 2001, secondo il quale tutte le fasi del procedimento disciplinare sono svolte esclusivamente dall’ufficio competente per i procedimenti disciplinari, il quale è anche l’organo competente all’irrogazione delle sanzioni disciplinari, ad eccezione del rimprovero verbale e della censura, con la conseguenza che il procedimento instaurato da un soggetto diverso al predetto ufficio è illegittimo e la sanzione è affetta da nullità, restando altresì escluso l’intervento nel procedimento del comitato dei garanti, che è previsto per il diverso caso della responsabilità dirigenziale” (v. Cass. 17-6-2010 n. 14628). (...) Tali principi vanno qui riaffermati, precisandosi (sempre con riferimento alla normativa nella fattispecie applicabile *ratione temporis*) che allorché l’amministrazione fa valere ragioni intrinseche di responsabilità disciplinare e non di responsabilità dirigenziale, anche per i dirigenti non può che trovare applicazione la disciplina generale di cui all’art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001 (nel testo all’epoca vigente).

7. Illecito dirigenziale concepito inizialmente come mancato raggiungimento degli obiettivi e la conseguente sanzione: sua differenza con l'illecito disciplinare.

Evoluzione del concetto e la sua sovrapposizione iniziale con l'illecito disciplinare a carico del dirigente. La permanente difficoltà definitoria

A questo punto dello studio è necessario esaminare brevemente anche l'illecito dirigenziale con la doverosa premessa che, tuttavia, allo stato attuale non è possibile trarre, a parere di chi scrive, le conclusioni definitive, in quanto la disciplina è in continua evoluzione ed è tutt'ora al vaglio ed all'esame del parlamento.

Secondo gran parte della dottrina,²³² ora, si deve distinguere chiaramente fra responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale.²³³

L'illecito dirigenziale causerebbe un tipo di responsabilità che storicamente²³⁴ trova le sue radici già nei disposti costituzionali ed in particolare nell'articolo 97, comma 2, che recita: "Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari" e si distinguerebbe dalle altre forme di responsabilità a carico di funzionari e dipendenti cui si riferisce l'articolo 28 Costituzione, ma rimane, comunque, nel solco delle c.d. responsabilità dei pubblici poteri.

Tale responsabilità, come pensata originariamente, consegue al fatto illecito del mancato raggiungimento del risultato ed era prevista già dall'articolo 19 del D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, sebbene rimasta a lungo inattuata o comunque priva di rilievo. Si tratta, come sostiene la dottrina,²³⁵ di una responsabilità non legata specificamente alla generica osservanza dei doveri di ufficio, ma conseguente al fatto che "i risultati complessivi dell'azione dell'ufficio siano più o meno corrispondenti, quantitativamente e qualitativamente, alle ragionevoli attese", una responsabilità originata in definitiva

²³² TENORE, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, op. cit., 492 e ss.

²³³ Parte della dottrina, a parere di chi scrive, usa indifferentemente i concetti responsabilità, illecito e sanzione, ponendo alcune volte al centro della costruzione giuridica la responsabilità o meglio partendo da essa. È questo il caso della responsabilità dirigenziale, ma anche della responsabilità erariale o amministrativa contabile. Condivido l'opinione di chi, invece, ritiene che la base di tutto sia il fatto illecito e la sua conseguente reazione da parte dell'ordinamento giuridico.

²³⁴ PINELLI, *La responsabilità dirigenziale: profili costituzionali e le soluzioni del d.lgs. n. 29 del 1993*, in *Le responsabilità pubbliche*, (a cura di) SORACE, Padova, 1998, 587, 588.

²³⁵ RUSCIANO, *A proposito della responsabilità di "risultato" del dirigente pubblico dopo il d.lgs. 29 del 1993*, in *Le Responsabilità pubbliche*, (a cura di) SORACE, Padova, 1998, 598, 600, 601. DE LISE, *Dirigenza e responsabilità dirigenziale dopo il testo unico sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in *Consiglio di Stato*, 2001, II, 1795 – 1813.

dall'accertamento di una "inidoneità all'esercizio di determinate funzioni o di insussistenza di un rapporto fiduciario".²³⁶ Originariamente era pensata non per punire il dirigente per le proprie inadempienze, ma nella logica della organizzazione, che, come sostiene una parte della dottrina,²³⁷ si concretizzava nella possibilità estrema anche della rimozione del dirigente stesso dalle funzioni assegnatogli, perché non in grado di esercitarle in maniera congrua ed efficace e questo indipendentemente dalla produzione di un eventuale danno, per cui tale responsabilità doveva essere configurata come oggettiva e funzionale alla organizzazione stessa e questo a prescindere dall'accertamento dell'elemento soggettivo.²³⁸

La riforma della dirigenza, in realtà, si muove sulla scia delle necessarie e non più rinviabili riforme della pubblica amministrazione²³⁹ e per essere efficace ha dovuto attraversare diverse significative fasi che hanno cambiato radicalmente il ruolo e la posizione del dirigente, da mero esecutore della volontà politica a *manager* con poteri decisionali effettivi e propri e con proprie peculiari responsabilità.

Nella prima fase, infatti, la pubblica amministrazione stessa seguiva il principio gerarchico secondo il quale l'apparato amministrativo era strutturalmente pensato come parte del potere esecutivo sottoposto ai suoi comandi.²⁴⁰ Nella seconda fase è prevalso il principio di direzione, dove, però, l'amministrazione rimaneva, comunque, parte del potere esecutivo e la sua azione era in ogni caso preordinata all'esecuzione dei comandi di governo ed alla attuazione della legge, anche se, grazie a questo principio, erano riservati dalla legge ai dirigenti atti definitivi e questo, per la prima volta con il D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748 ha comportato assunzione effettiva di responsabilità da parte

²³⁶ Cons. Stato, 24 maggio 1983, n. 330, richiamata da RUSCIANO, *A proposito della responsabilità di "risultato" del dirigente pubblico dopo il d.lgs. 29 del 1993*, op. cit., 601.

²³⁷ RUSCIANO, *A proposito della responsabilità di "risultato" del dirigente pubblico dopo il d.lgs. 29 del 1993*, op. cit., 601.

²³⁸ Secondo un'altra parte della dottrina la responsabilità dirigenziale è "identificabile come lo stato di soggezione del dirigente rispetto ad una misura organizzativa, giustificata da un'esigenza di efficienza e non da una finalità punitiva". Sul punto vedasi IANNOTTA, *L'evoluzione normativa in tema di funzioni dirigenziali nella P.A. ed il quadro delle connesse responsabilità*, in *I vari aspetti della responsabilità derivante dall'esercizio della funzione dirigenziale*, Convegno di studi di scienze dell'amministrazione (XLIV), Milano, 1999, 53.

²³⁹ Le riforme della pubblica amministrazione avevano, come noto, l'obiettivo di trasformare la stessa da un modello prettamente burocratico in un modello di tipo imprenditoriale, sulla scia del più ampio fenomeno delle privatizzazioni alla cui spinta ha contribuito non poco la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea.

²⁴⁰ TORCHIA L., *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, 18.

degli stessi, che prima non era configurabile, dal momento che questa era assorbita nel particolare rapporto fra vertice politico e dirigenza amministrativa.²⁴¹ La terza fase, iniziata negli anni '90 con la riforma degli enti locali dalla legge 8 giugno 1990, n. 142, ma ampliata a tutte le realtà della pubblica amministrazione con il decreto legge 3 febbraio 1993, n. 29 (c.d. privatizzazione del pubblico impiego), così come modificato successivamente dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (c.d. seconda privatizzazione che fra l'altro ha individuato con maggior chiarezza le varie ipotesi di responsabilità dirigenziale), ha comportato l'introduzione del principio di separazione dei compiti di direzione politica e dei compiti di direzione amministrativa e, quindi, del principio di autonomia da parte dei dirigenti.²⁴² Il principio di separazione, in particolare, ha comportato l'assegnazione di compiti ed attribuzioni diverse agli organi politici ed ai dirigenti.²⁴³ Ai primi vengono conferiti compiti di indirizzo e di controllo con la definizione di obiettivi, programmi, priorità e conferimento delle risorse finanziarie, ai secondi compiti di amministrazione attiva e di gestione dei mezzi finanziari e delle risorse umane che si concretizzano nello specifico nei compiti di proposta, attuazione, organizzazione e controllo.²⁴⁴ Da ciò ne deriva la specifica responsabilità di risultato prevista dall'articolo 20 del medesimo decreto, che comporterebbe, secondo una parte della dottrina,²⁴⁵ una prestazione molto ampia che vada al di là della sua azione personale per ricomprendere l'azione complessiva dell'ufficio che dirige, tanto che si è prospettato di considerarla addirittura una sorta di responsabilità per fatto altrui.²⁴⁶ Tale responsabilità, infatti, è ritenuta legata al buon

²⁴¹ TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, op. cit., 22. Secondo una parte della dottrina, però, è solo con il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 che avviene il cambio di rotta, sostituendo il rapporto di gerarchia con il rapporto di direzione con il conseguente aumento di responsabilità perché di autonomia del dirigente pubblico che sottostà ora ad efficace sistema di controlli. Sul punto vedasi meglio e più nel dettaglio TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma, 2015, 757.

²⁴² TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, op. cit., 25.

²⁴³ Come è noto l'introduzione di tale principio è la risposta del legislatore alle inefficienze del sistema introdotto dal D.P.R. 30 giugno 1972, n. 748, che aveva tentato di allentare il vincolo gerarchico burocratico previsto dalla normativa precedente dovute all'atteggiamento della classe politica che non intendeva abdicare al proprio ruolo ma anche in un primo tempo dallo stesso atteggiamento dirigenziale restio ad assumersi più responsabilità.

²⁴⁴ TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale* op. cit., 28, 74.

²⁴⁵ TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, op. cit., 101, 102.

²⁴⁶ Secondo una parte della dottrina per l'imputazione della responsabilità è possibile far emergere specifiche ipotesi di inadeguatezza che prendono il posto ora della tradizionale formula della *culpa in vigilandum*. Sul punto vedasi in specifico TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, op. cit., 102.

funzionamento dell'amministrazione e ciò comporta una particolare valutazione del rendimento di tutto l'ufficio,²⁴⁷ dei risultati da esso ottenuti e quindi della attività svolta da tutto il personale ad esso assegnato alla luce dei tre criteri legittimanti l'azione amministrativa della efficienza, efficacia ed economicità ed ora, a parere di scrive, anche della trasparenza.

Con l'introduzione di questa fase, il rapporto con gli organi di governo diviene di collaborazione e la classe politica, secondo le intenzioni del legislatore, avrebbe dovuto mantenersi unicamente nell'ambito appunto della direzione e dell'indirizzo, mentre la responsabilità per i risultati avrebbe dovuto essere a capo unicamente del dirigente che avrebbe dovuto essere valutato obiettivamente in base ai risultati della gestione, libero da eventuali pressioni e condizionamenti politici.

Secondo una parte della dottrina,²⁴⁸ dunque, il dirigente diviene ora più assimilabile al prestatore d'opera professionale che assume una responsabilità di risultato,²⁴⁹ che al lavoratore dipendente, che ha un'obbligazione di mezzi.

A questa prima tornata di riforme sono seguite, infine, le riforme degli anni 2000 che, a partire dal decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, in particolare gli articoli 4, 21 e 22, per proseguire con la c.d. terza riforma del pubblico impiego del 2009, la riforma della legge 6 novembre 2012, n. 190, la c.d. legge anticorruzione, nonché la recente c.d. riforma operata dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, hanno dato sempre più maggior ampiezza ed articolazione alla responsabilità dirigenziale ed hanno introdotto ulteriori forme di responsabilità. Essa riguarda sempre in via principale l'idoneità del dirigente alla funzione e la valutazione oggettiva è concentrata sul mancato raggiungimento degli obiettivi della gestione o il mancato rispetto delle direttive politiche, mentre quella

²⁴⁷ Secondo una parte della dottrina si parla anche di tale tipo di responsabilità come un tipo di responsabilità da assimilarsi a quella politica, in quanto implica un giudizio non tanto di colpevolezza quanto di inidoneità all'esercizio di determinate funzioni. Sul punto vedasi DE LISE P., *La responsabilità per il conseguimento dei risultati*, in *I vari aspetti della responsabilità derivante dall'esercizio della funzione dirigenziale*, Milano, 1999, 76.

²⁴⁸ DE LISE, *La responsabilità per il conseguimento dei risultati*, in *I vari aspetti della responsabilità derivante dall'esercizio della funzione dirigenziale*, op. cit., 82. DE LISE, *Dirigenza e responsabilità dirigenziale dopo il testo unico sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in *Consiglio di Stato*, 2001, II, 1806.

²⁴⁹ Concordi sulla definizione BUSCEMA A., *La responsabilità dei dirigenti e dei funzionari pubblici ed il mancato perseguimento dei risultati*, in *I vari aspetti della responsabilità derivante dall'esercizio della funzione dirigenziale*, Milano, 1999, 469 e ss., RESTA D., *La responsabilità dirigenziale pubblica nella vigente legislazione*, in *I vari aspetti della responsabilità derivante dall'esercizio della funzione dirigenziale*, Milano, 1999, 561 e ss.

soggettiva è di tipo oggettivo ovvero prescinde dagli elementi costitutivi del dolo o della colpa.²⁵⁰ Si parla a questo riguardo, infatti, comunque, prevalentemente di responsabilità “da risultato”, trattandosi di obbligazione lavorativa legata al raggiungimento degli obiettivi²⁵¹ e concerne la valutazione delle capacità *manageriali* e delle competenze organizzative del dirigente.²⁵²

Tuttavia le riforme hanno introdotto forme di responsabilità dirigenziale ulteriori a tal punto peculiari da connotare in maniera diversa presupposti e tipologie di sanzioni adottabili. Mi riferisco in primo luogo in particolare all’articolo 21, comma 1- *bis* del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, così come modificato dall’articolo 41, comma 1, lett. b) decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150. Secondo tale previsione normativa al dirigente è conferito, ora, anche il compito di vigilare sul rispetto da parte del personale assegnato al proprio ufficio degli standard qualitativi e quantitativi fissati dalla amministrazione conformemente agli indirizzi deliberati dalla Commissione per la valutazione. Il mancato rispetto da parte del dirigente di tale dovere configurerebbe l’illecito dirigenziale e comporterebbe la decurtazione delle retribuzione di risultato fino ad una quota dell’80 per cento in proporzione della gravità della violazione. Tale tipo di conseguenza sanzionatoria ha chiaramente un carattere punitivo, così come anche le previsioni contenute nella legge anticorruzione ed in specifico quella relativa alla fattispecie di illecito consistente nella mancata o incompleta pubblicazione delle informazioni sulla trasparenza dell’amministrazione previste dall’articolo 1, comma 33²⁵³ della legge 6 novembre 2012, n. 190 che rimanda a sua volta all’articolo 1, comma 31, abrogato dall’articolo 2, comma 1 e dall’allegato 1 del decreto legislativo 22 gennaio 2016, n. 10 recante “Modifiche ed abrogazione di disposizioni di legge che prevedono l’adozione di provvedimenti non legislativi a norma dell’articolo 21 della

²⁵⁰ C. Conti, sez. giur., 13 aprile 2000, 1192, in *Riv.C. conti*, 2002, 598; Cons. St. 14 maggio 1983, n. 330 richiamate da TORREGROSSA, *Spoils system e responsabilità dirigenziale*, in *Giustam*, febbraio 2017, 9 che ricorda anche come “la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire più volte l’irrelevanza dell’elemento soggettivo in *subiecta materia*, in quanto la responsabilità dirigenziale risulta del tutto svincolata dai concetti di colpa e di negligenza”.

²⁵¹ TENORE, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, *op. cit.*, 492.

²⁵² TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, *op. cit.*, 852.

²⁵³ Del resto è opportuno ricordare che è la legge stessa sulla trasparenza a qualificare anche come responsabilità dirigenziale l’omissione di pubblicazione da parte del dirigente quale responsabile della trasparenza nel momento in cui non adempie agli obblighi di pubblicazione. Sul punto vedasi T.C. MENELAO, *Le questioni irrisolte della dirigenza pubblica. La responsabilità dirigenziale*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, CARINGELLA, Anno IV – 1 – 2015 gennaio – febbraio, 130.

legge 7 agosto 2015, n. 124”, ai sensi del quale il Governo avrebbe dovuto pubblicare un proprio decreto con il quale individuare le informazioni ritenute rilevanti ai fini della trasparenza. Su questo punto ci si riserva, però, di trattare più ampiamente nel corso della trattazione del presente studio.

Tali norme, tuttavia, non costituiscono delle novità assolute nel panorama legislativo in materia di fatto illecito dirigenziale, dal momento che il legislatore aveva già forgiato e previsto fattispecie tipiche di condotte valutabili ai fini della responsabilità dirigenziale che si sono man mano aggiunte alla originaria fattispecie del mancato raggiungimento degli obiettivi e quindi dal mancato raggiungimento dei risultati e dal discostamento dalle direttive politiche. Ci si riferisce in particolare alla fattispecie di cui all’articolo 65, comma 1 – *ter* del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 del 2005 con la quale è prevista sia la responsabilità dirigenziale che disciplinare a carico del titolare dell’ufficio competente per il mancato avvio del procedimento a seguito di istanza e dichiarazione presentate alla pubblica amministrazione per via telematica o quella dell’articolo 2, comma 9, della legge 7 agosto 1990, n. 241, ai sensi della quale la mancata o tardiva emanazione del provvedimento espresso di conclusione del procedimento costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale del dirigente, e nel caso in cui il dirigente sia inadempiente, costui “sarà penalizzato nel trattamento economico accessorio in caso di gravi e ripetute violazioni, così come previsto dall’articolo 7 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

Tali fattispecie sono state in un primo tempo ritenute, è bene evidenziarlo, da una parte della dottrina forme di responsabilità disciplinari più che dirigenziali.²⁵⁴

Secondo una parte della dottrina, infatti,²⁵⁵ la forma di responsabilità di cui all’articolo 21, comma 1 - *bis* dovrebbe essere ricondotta alla tipologia della responsabilità

²⁵⁴ Vedasi sul punto per approfondire, TENORE, *Profili ricostruttivi della responsabilità dirigenziale nel pubblico impiego*, in *Giustizia civile*, Vol. LXIII, Parte II, 2013, 326; CARINCI, *Il dirigente privato ed il dirigente pubblico privatizzato: i termini del raffronto*, in *Giur.it*, 2010, 2703. Contra, per la più corretta e condivisibile tesi che riconduce alla responsabilità dirigenziale tale ipotesi di cui all’articolo 21 bis., DE MARCO, *Il licenziamento nel lavoro pubblico*, Torino, 2011, 182. In giurisprudenza la questione della distinzione fra la responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare del dirigente risulta affrontata da Tribunale Ancona, ord., 14 aprile 2000, in www.lavoropubblico.formez.it.

²⁵⁵ D’ALESSIO G., *La nuova disciplina della dirigenza nel disegno di legge sulla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Lavoro della pubblica amministrazione*, 2015, 21. Prima ancora BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell’attività amministrativa*, in *Il lavoro nelle P.A.*, 2009, I, 51; CARINCI, *Il dirigente privato ed il dirigente pubblico privatizzato: i termini di raffronto*, *op. cit.*, 12, 2703.

disciplinare ed espunta, però, dalla responsabilità dirigenziale, perché, in ogni caso, presupponente quantomeno una violazione colpevole del dovere di vigilanza.

La responsabilità disciplinare, del resto, secondo la comune opinione, riguarda l'esattezza e la correttezza dei singoli adempimenti previsti per l'attività del dirigente pubblico per cui si parla dal punto di vista dell'elemento oggettivo di inadempimento contrattuale e tale inadempimento va indagato sia sotto l'aspetto soggettivo psicologico del dolo o della colpa.

Altra parte della dottrina,²⁵⁶ invece, sostiene che non sia più possibile nettamente distinguere fra le due forme di responsabilità soprattutto dopo l'introduzione di fattispecie di illeciti la cui sanzione è la decurtazione della retribuzione di risultato per sanzionare sia casi di responsabilità disciplinare che casi di responsabilità dirigenziale e che quindi le uniche differenze sarebbero riscontrabili sul piano procedurale.

Procedure diverse, infatti, sono previste per sanzionare le due diverse forme di responsabilità con interventi di organi disciplinari differenti come il Comitato dei Garanti per la sola responsabilità dirigenziale.

Questa affermazione, tuttavia, poteva valere prima della entrata in vigore della legge del 7 agosto 2015, n. 124 (G.U. n. 187 del 13 agosto 2015) il 28 agosto 2015 che all'articolo 11 lettera m) prescrive il riordino delle disposizioni legislative alle ipotesi di responsabilità dirigenziale o disciplinare, prevedendo, quindi, una netta distinzione fra i due istituti, ma non fornendo chiare indicazioni e criteri in merito a tale distinzione, se non l'avvertenza di limitare la responsabilità disciplinare ai comportamenti effettivamente imputabili ai dirigenti stessi. Solo il legislatore, dunque, allo stato attuale potrà chiarire in via definitiva la questione cercando di risolvere i numerosi problemi posti dalla attuale disciplina, i quali coinvolgono questioni di fondo a rilevanza sia teorica che pratica.

È opportuno, tuttavia, sempre tener presente la finalità per cui è stata introdotta questa ulteriore forma di responsabilità che è stata pensata sempre nell'ottica di produrre efficienza dell'azione amministrativa, del miglioramento della produttività del lavoro anche e soprattutto mediante procedure di valutazione capaci di garantire servizi di elevata qualità e di elevati standard.

È opportuno ribadire quanto già detto per le sanzioni disciplinari e cioè che anche le sanzioni inflitte al dirigente al di fuori dell'elenco tassativo (contrattuale e legislativo) sono illegittime.

²⁵⁶ BORGOGELLI, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, rivista trimestrale, Vol. XVII – settembre – ottobre 2014, 695.*

Sotto il profilo della presente ricerca a conclusione di questo paragrafo sull'illecito dirigenziale, ma anche tenendo presenti le osservazioni compiute precedentemente esaminando nello specifico la responsabilità disciplinare, è interessante osservare che classificare la fattispecie prevista dall'articolo 15 del decreto legislativo 15 marzo 2013, n. 33 in una o nell'altra tipologia, anche alla luce di quanto appena esposto, presenta problematicità e criticità sotto più aspetti, ma, in special modo, sotto il profilo della proporzionalità e della gradualità punitiva, anche se non solo.

Per questo è sì è ritenuto necessario proseguire nell'esame delle fattispecie di tipo pecuniario esistenti attualmente ed in special modo delle nuove forme sanzionatorie a carico dei dirigenti e cioè di quelle conseguenti alla responsabilità di tipo erariale.

8. Nuove forme sanzionatorie a carico dei dirigenti: la sanzione erariale conseguente dell'illecito contabile - amministrativo come particolare sanzione

Se questo appena descritto, dunque, è il panorama classico cui il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza ci hanno abituato, trattando di sanzioni a carico dei dipendenti pubblici, le continue riforme della pubblica amministrazione susseguitesi in questi ultimi anni hanno comportato, come già evidenziato precedentemente, un continuo proliferare di sanzioni in particolare a carico dei dirigenti che sono colpiti ora da più fronti e sono sotto l'occhio osservatore e vigile di autorità differenti.

Per completare la disamina dei vari provvedimenti sanzionatori, non rimane altro che esaminare l'altro tipo di sanzione che interessa specialmente la presente ricerca è cioè "la sanzione pecuniaria" che consegue alla forma di responsabilità di tipo erariale per illecito contabile amministrativo.

A tale tipo di illecito consegue un tipo di responsabilità che rientra nel *genus* della responsabilità patrimoniale dei dipendenti pubblici e di coloro che sono legati all'Ente pubblico con il c.d. rapporto di servizio ed è regolata sia sotto il profilo sostanziale che processuale dal regio decreto del 18 novembre 1923, n. 2440 (legge di contabilità dello Stato) e dai vari regolamenti sui giudizi innanzi alla Corte dei conti, nonché dal T.U. delle disposizioni riguardanti lo Statuto degli impiegati civili dello Stato di cui al D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 e del decreto legislativo del 30 marzo 2001, n. 165.

Inizialmente la responsabilità amministrativa conseguente all'illecito amministrativo per danno erariale era considerata di tipo essenzialmente risarcitoria e di tipo extracontrattuale ed era ritenuta la conseguenza di un illecito atipico compiuto dal

pubblico dipendente che causava un danno a terzi. Il risarcimento consisteva, infatti, in una condanna pecuniaria per equivalente da parte del Procuratore contabile. Si trattava in sostanza di una responsabilità per illecito derivante dalla violazione del generale principio del *neminem laedere* riconducibile all'ambito dell'articolo 2043 c.c., una sorta di responsabilità aquiliana o di tipo extracontrattuale che la dottrina riteneva come una forma particolare di responsabilità civile a carico dei funzionari pubblici.²⁵⁷

Si riteneva, infatti, che il nocciolo della responsabilità amministrativa stessa stava nella diminuzione patrimoniale delle risorse erariali, il corrispondente del risarcimento danni della responsabilità civile.

A partire dagli anni '50, grazie ad un diverso orientamento accolto dalla giurisprudenza contabile,²⁵⁸ anche avallata da una nutrita parte della dottrina,²⁵⁹ tale tipo di responsabilità divenne di tipo contrattuale per inadempimento di un obbligo negoziale preconstituito,²⁶⁰ cioè per l'inosservanza di speciali doveri di comportamento strettamente collegati al sottostante rapporto di impiego.²⁶¹

Tale orientamento giurisprudenziale ha ricevuto, inizialmente, il supporto addirittura del legislatore con la legge 8 giugno 1990, n. 142 che ha espressamente qualificato tale tipo

²⁵⁷ FRAIOLI, *Responsabilità risarcitoria e responsabilità sanzionatoria*, in *Prospettive della giurisdizione contabile alla luce delle recenti innovazioni legislative e dei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Atti della Tavola Rotonda, Assisi, 20 maggio 2010, 79. Tale tesi era avvalorata dai dati normativi di cui all'articolo 82 della legge di contabilità dello Stato e dall'articolo 52 t.u. delle leggi sulla Corte dei conti che sembravano richiamare gli articoli 1151 e 1152 del c.c. del 1865 disciplinanti la responsabilità c.d. aquiliana nonché la concezione dogmatica predominante all'epoca del rapporto di lavoro dell'impiegato come *locatio operarum* e cioè come “concessione del godimento delle energie del lavoratore a favore del conduttore”, testualmente PAGLIARIN, *Colpa grave ed equità, nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, Padova, 2002, 48.

²⁵⁸ Corte dei conti, sez. I., 4 luglio 1949, n. 32, in *Riv. Corte conti*, 1949, III, 8 richiamata da RAELI, in *Il modello della responsabilità come “clausola generale” e le fattispecie sanzionatorie*, n. 5/2014, *op. cit.*, 2.

²⁵⁹ GRECO, *In tema di responsabilità patrimoniale degli impiegati verso lo Stato*, in *Riv. Corte conti* 1958, I, 1, 4; VITTA, *Contrattualità della responsabilità del funzionario verso l'amministrazione pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 1950, I, 13; BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 1998, 297 ss.; recentemente la tesi civilistica anche se senza specifiche in ordine alla natura contrattuale o extracontrattuale è stata sostenuta da CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Milano, 2003, 178 ss., il quale parla della responsabilità amministrativa come “*species*” del *genus* responsabilità civile, condividendone la natura risarcitoria e sanzionatoria.

²⁶⁰ RAELI, *Il modello della responsabilità come “clausola generale” e le fattispecie sanzionatorie*, *op. cit.*, 2.

²⁶¹ FRAIOLI, *Responsabilità risarcitoria e responsabilità sanzionatoria*, *op. cit.*, 80.

di responsabilità come responsabilità contrattuale,²⁶² richiamando all'articolo 58 le disposizioni vigenti in materia di responsabilità degli impiegati civili dello Stato di cui all'articolo 18 del D.P. R. 10 gennaio 1957, n. 3 che espressamente recita: "l'impiegato delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, è tenuto a risarcire alle amministrazioni stesse i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio"; come è noto, si ritiene che l'inosservanza di obblighi di servizio determini responsabilità di tipo contrattuale per violazione del rapporto sinallagmatico conseguente al contratto di lavoro.²⁶³

Tale natura contrattuale era stata ribadita anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale.²⁶⁴

Sia nel primo come nel secondo caso si trattava, però, sempre di responsabilità di tipo risarcitorio e quindi di responsabilità legata alla causazione di un danno alla pubblica amministrazione.

L'esborso richiesto dalla magistratura contabile, quindi, non poteva ritenersi una sanzione nel senso classico e tradizionale del termine, ma piuttosto una forma di risarcimento danni.

Accanto a questa tesi propugnata dalla dottrina, però, coesisteva ed a partire dagli anni settanta prendeva sempre più piede, anche una tesi che propendeva per considerare la responsabilità amministrativa conseguente all'illecito erariale per danno come di tipo sanzionatorio e non risarcitorio e quindi di concezione pubblicistica, una sorta di responsabilità di diritto pubblico, dal momento che alcuni autori²⁶⁵ spiegavano così la

²⁶² RAELI, *Il modello della responsabilità come "clausola generale" e le fattispecie sanzionatorie*, op. cit., 2.

²⁶³ Di responsabilità contrattuale come definizione della responsabilità amministrativa parlava anche ZANOBINI, in *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, Milano, 1958, 312, dal momento che si tratta di "rapporto speciale che unisce l'impiegato all'amministrazione" ed è del medesimo parere anche relativamente recentemente SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1984, 302.

²⁶⁴ Corte cost., 29 gennaio 1993, n. 24, in www.giurcost.org, ed in *Riv. Corte conti*, 1993, I, 199., "la responsabilità amministrativa patrimoniale dei dipendenti pubblici ha natura contrattuale presupponendo l'esistenza di un rapporto di servizio tra l'autore del danno e l'ente danneggiato, nonché la violazione dei doveri inerenti a detto rapporto".

²⁶⁵ Fra cui il conte Cavour che in occasione del discorso pronunciato alla Camera dei Deputati come Presidente del Consiglio dei Ministri nella seduta del 19 novembre 1852 per i lavori preparatori al disegno di legge del 1853 del Regno di Sardegna che divenne poi legge 23 marzo 1853, n. 1483 si espresse in merito alla condanna contabile come "di un castigo in danaro da determinarsi dalla Camera dei conti". Oggi fautore di questa tesi è MADDALENA, in *La sistemazione dogmatica della*

funzione del potere riduttivo del giudice contabile previsto fin dagli inizi dall'articolo 83 della Legge di contabilità dello Stato.

Questa concezione accompagnò la tornata delle riforme degli anni novanta ed in specifico della legge 14 gennaio 1994, n. 20 e la legge 20 dicembre 1996, n. 639 che hanno profondamente riformato la Corte dei conti sia sul versante del controllo che rispetto alla giurisdizione e di conseguenza anche i principi sostanziali e quindi la natura stessa della responsabilità amministrativa.

Tali riforme hanno messo pesantemente in crisi la tradizionale concezione contrattualistica della responsabilità amministrativa con l'introduzione di nuovi elementi come, ad esempio, l'affermazione della personalità della responsabilità amministrativa e la compensazione con i vantaggi comunque conseguiti dalla amministrazione, ma soprattutto con la previsione del venir meno del presupposto del rapporto di servizio al fine di poter essere assoggettati a tale tipo di responsabilità. Infatti, ora, è possibile essere chiamati a rispondere anche di un danno arrecato ad amministrazione diversa da quella di appartenenza e quindi si è sostenuto in dottrina,²⁶⁶ ma anche in giurisprudenza²⁶⁷ che tale tipo di responsabilità è collegata non ad un rapporto particolare, ma ad uno *status* particolare e ciò avrebbe comportato il superamento della concezione contrattualistica di tale tipo di responsabilità.

Le riforme hanno causato, però, non solo la crisi della concezione contrattualistica, ma anche la crisi della concezione risarcitoria dell'istituto, soprattutto, perché sotto il profilo del diritto successorio tale tipo di obbligazione risarcitoria era, prima della riforma, trasmissibile agli eredi, mentre ora si parlava di intrasmissibilità del debito agli eredi e, quindi, appariva ai più il configurarsi di un tipo di responsabilità di tipo

responsabilità amministrativa, in *Relazione alla giornata di studio sul tema "La nuova conformazione della responsabilità amministrativa ed il problema della graduazione della condanna in base alla gravità della colpa"*, Cagliari, 12 novembre 2001, in www.lexitalia.it: 10, 11. Secondo tale autore il potere riduttivo non è altro che la funzione del giudice di determinare l'entità della sanzione pecuniaria. Testualmente: „Il giudice contabile non accerta, come fa il giudice civile, una preesistente obbligazione, ma la determina con la sentenza, che ha carattere costitutivo e determinativo“. Questa tesi, tuttavia, viene criticata, fra gli altri, da PISANA, in *La responsabilità amministrativa*, Torino, 2007., 25, secondo il quale il giudice accerta l'entità del danno e lo liquida ma non ha alcun potere di costituire l'obbligazione che, invece, nasce dal comportamento del pubblico impiegato che ha causato il danno.

²⁶⁶ PISANA, *La responsabilità amministrativa*, op. cit., 34.

²⁶⁷ La Corte di Cassazione, Cass. SS.UU 22 dicembre 2003, n. 19667, in www.amcorteconti.it, ha parlato di "superamento, introdotto dalla legge n. 20/1994 e ss.mm, della responsabilità contrattuale quale limite della giurisdizione della Corte dei conti".

afflittivo - sanzionatorio. Tale assunto, tuttavia, sembrava essere stato efficacemente controbattuto dalla giurisprudenza della Corte dei conti²⁶⁸ che riteneva che tale vicenda del rapporto non trasformasse in istituto sanzionatorio la responsabilità amministrativa che avrebbe continuato a conservare, pertanto, il carattere risarcitorio.²⁶⁹ Sul punto si era espressa anche la giurisprudenza di legittimità²⁷⁰ che testualmente aveva affermato che “il principio della personalità non ha assegnato alla responsabilità amministrativa un nuovo carattere, connotandola come responsabilità sanzionatoria pubblicistica vicina alla responsabilità penale, ma ha conservato la sua natura di responsabilità patrimoniale civilistica da atto illecito, incidendo unicamente sul regime di trasmissibilità dei debiti ereditari, nel senso di escludere che l’obbligo risarcitorio possa passare nella sfera giuridica di soggetti”.²⁷¹

²⁶⁸ Corte dei conti, SS.RR., 1 marzo 1996, n. 26/QM, in *Riv. Corte conti*, 1996, 50.

²⁶⁹ Non del medesimo parere, però, fu la Corte dei conti, Sez. Riun., 31 ottobre 1994, n. 988/A, in *Riv. Corte conti*, 1994, II, 78 s. che affermava testualmente: “mentre infatti lo scopo della responsabilità civile è il riequilibrio delle situazioni patrimoniali mediante quello strumento risarcitorio che vale a far pari posizioni giuridiche pregiudicate dall’illecito, nella responsabilità amministrativa l’antigiuridicità è più ampia”, intendendo con tali espressioni riportate in sentenza (p. 9 del testo della sentenza) che la responsabilità amministrativo – contabile è un istituto pensato fin dalle origini dal legislatore in maniera diversa per funzione e scopo da quello di tipo civilistico, scopo appunto di tipo sanzionatorio per comportamenti lesivi degli interessi patrimoniali e non della pubblica amministrazione. Tale presa di posizione, però, è stata contraddetta pochi anni dopo da un’altra sentenza della Corte dei conti, Sez. Riun., 27 maggio 1999, n. 15/QM, in *Riv. Corte conti*, 1999, 3,72, dove nell’analizzare la natura della natura dell’illecito contabile afferma che la funzione di tale illecito è “essenzialmente risarcitoria”, perché tendente alla reintegrazione delle risorse finanziarie e patrimoniali della pubblica amministrazione, quindi una sorta di *species* del *genus* di responsabilità civile per danno che secondo PISCHEDDA, nota a sentenza in www.amcorteconti.it/giurisp/ssrr15 costituirebbe una sorta di trattamento di favore per il pubblico funzionario e comporterebbe, comunque, finalmente il superamento della tesi che modellava questo tipo di responsabilità come da inadempimento contrattuale. In sostanza il testo della sentenza pare chiarire una volta per tutte che l’aspetto sanzionatorio che è comunque abbondantemente presente in tale tipo di responsabilità (p. 21 della sentenza) non comporta il mutamento nella natura di tale tipo di responsabilità. Tanto è vero che non è sufficiente la semplice violazione di una disposizione normativa per configurare tale tipo di responsabilità, ma è necessario un danno effettivo da risarcire. Il danno in questo caso costituisce “un presupposto indefettibile, tanto che se esso viene successivamente meno, si estingue ogni responsabilità amministrativo – contabile”.

²⁷⁰ Cass, SS. UU., 21 marzo 2001, n. 123, in *Riv. Corte conti*, 2001, f. 2, 264.

²⁷¹ Sul punto si era chiaramente espressa anche la Corte dei conti a sezioni riunite, sentenza del 24 maggio 2000, n. 7, in *Massima redazionale*, 2001, che testualmente afferma: “l’azione del procuratore regionale non ha la funzione sanzionatoria di una condotta *contra legem* (che potrebbe anche non essere produttiva di alcun danno), ma risarcitoria di un danno suscettibile di valutazione economica e l’esercizio dell’azione

Sul punto, però, sono intervenute successivamente più pronunce della varie Corti che propenderebbero per sposare la tesi della natura sanzionatoria della responsabilità amministrativa,²⁷² anche se di diverso avviso rimane, comunque, una importante pronuncia delle Sezioni Riunite.²⁷³

Una parte della dottrina²⁷⁴ continuerebbe a sostenere ancora la natura risarcitoria di tale tipo di responsabilità sul presupposto di fatto che la misura della sanzione nella responsabilità amministrativa classica è correlata all'entità del danno.

di responsabilità amministrativa postula che un danno si sia già verificato.” Tale tesi è sposata indirettamente anche da un'altra importante sentenza della Corte dei conti, S.R., 27 dicembre 2007, n. 12, in *Foro amm. C.d.S.* 2007, 3556, che riconosce la natura risarcitoria della responsabilità amministrativa per danno accanto alla nuova responsabilità amministrativa di tipo tipizzato di tipo essenzialmente sanzionatorio.

²⁷² Le seguenti sentenze sono state citate come esempio e prova del carattere sanzionatorio della responsabilità amministrativa da parte del Procuratore regionale della Corte dei conti, Procura regionale per la Liguria, Intervento del 27 febbraio 2015, 4: Corte dei conti, Sezioni Riunite, sentenza 18 giugno 2003, n. 13, in www.altalex.com, secondo il quale: “Tale carattere è accentuato dall'oggetto stesso dell'invito che riguarda un'ipotesi di responsabilità, come quella gestoria, di natura personale e parziaria, con un'accentuata impostazione sanzionatoria, che deve essere necessariamente apprezzata in sé nei suoi elementi costitutivi, quali la condotta tenuta dal singolo, il rapporto di causalità, il rapporto di servizio, la quota di evento dannoso riferibile al soggetto”; Suprema Corte di Cassazione sentenza n. 26806 del 19 dicembre 2009, richiamata testualmente anche nel testo della sentenza della Cass. Civ., sez. Unite del 2 settembre 2013, n. 20075, in www.neldiritto.it, secondo la quale: „L'azione del procuratore contabile ha presupposti e caratteristiche completamente diverse dalle azioni di responsabilità sociale e dei creditori sociali contemplate dal codice civile: basta dire che l'una è obbligatoria, le altre discrezionali; l'una ha finalità essenzialmente sanzionatoria (onde non implica necessariamente il ristoro completo del pregiudizio subito dal patrimonio danneggiato dalla *mala gestio* dell'amministratore o dall'omesso controllo del vigilante), le altre hanno scopo ripristinatorio; l'una richiede il dolo o la colpa grave, e solo in determinati casi è esercitabile anche contro gli eredi del soggetto responsabile del danno; per le altre è sufficiente anche la colpa lieve ed il debito risarcitorio è pienamente trasmissibile agli eredi“;

²⁷³ Le Sezioni Riunite della Corte dei Conti nella nota sentenza n. 12/2007/QM, ritengono che il fatto che siano previste fattispecie di responsabilità sanzionatoria devolute alla giurisdizione della Corte dei conti non significa che la responsabilità amministrativa abbia ora in generale una connotazione sanzionatoria piuttosto che risarcitoria.

²⁷⁴ PISANA, *La responsabilità amministrativa*, *op. cit.*, 39. Sul punto, infine, merita menzionare anche le obiezioni critiche riportate da PAGLIARIN, in *Colpa grave ed equità*, *op. cit.*, 63, 64, da chi sosteneva che, anche per i medesimi propugnatori della concezione pubblicistico – sanzionatoria, non si può in ogni caso prescindere da un ancoraggio preciso al danno cagionato, se non altro perché quest'ultimo deve essere il parametro massimo della sanzione pecuniaria. Tale assunto non impedisce però, come osserva STADERINI, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti*, in *Riv. Corte conti*, 1996, n. 2, IV, 309, che il legislatore “prescinda da tale presupposto ed indichi un diverso parametro per la sanzione”. La stessa

Tuttavia vi sono sempre più giuristi²⁷⁵ in particolar modo appartenenti alla magistratura contabile che, soprattutto, dopo l'entrata in vigore delle recenti riforme della pubblica amministrazione operate dalla legge anticorruzione si sono orientati verso una visione di tipo sanzionatorio di tale tipo di responsabilità sulla base di tutta una serie di argomentazioni che in parte erano già state sollevate in passato, ma che ora sembrano avere anche l'appoggio ed il sostegno della sempre più nutrita giurisprudenza contabile al riguardo, ma anche ordinaria sul punto e sulla base del fatto che ora l'azione della responsabilità amministrativo – contabile assume sempre più un ruolo di prevenzione della cattiva amministrazione e meno una configurazione, quindi, di tipo risarcitorio, ma appunto di più di tipo sanzionatorio. In particolare a sostegno della tesi che si tratterebbe di un tipo di responsabilità di quest'ultimo tipo starebbero argomenti quali la peculiarità della rilevanza attribuita all'elemento soggettivo, per cui in tale tipo di responsabilità rileverebbe solo la colpa grave ed in alcune fattispecie addirittura solo il dolo, l'accentuazione del carattere personale della responsabilità corollario quest'ultimo del principio dell'intrasmissibilità agli eredi, connotazione quest'ultima proprio delle sanzioni amministrative.²⁷⁶ ma soprattutto viene ribadito come è nel potere riduttivo che sta la differenza rispetto ad una ipotesi di tipo puramente risarcitorio, dal momento che la sentenza del magistrato contabile potrà contenere l'accertamento del danno, ma la condanna consisterà in realtà in una determinazione discrezionale dell'importo da irrogare che non corrisponderebbe mai al danno causato effettivamente alla pubblica amministrazione e che tiene conto, invece, di tutta una serie di circostanze. Tale metodo nella determinazione della “sanzione” è molto somigliante al potere discrezionale del giudice penale nella stessa graduazione della pena come indicato negli articoli 132 e

giurisprudenza contabile degli anni ottanta del resto osserva PAGLIARIN, *Colpa grave ed equità*, *op. cit.*, 65, ha considerato “il danno erariale solo un presupposto della fattispecie di responsabilità finanziaria”. Tesi questa non condivisa da una parte della dottrina ed in particolare da GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Milano, 2000, 181, che continua a ritenere centrale l'elemento danno, perché questo elemento si oppone a criteri di indeterminatezza dei parametri di giudizio del giudice. Al danno ed in particolare al danno all'immagine si riferisce anche l'articolo 1 del decreto legislativo 20 giugno 2016, n. 116 che nel caso estremo del licenziamento per falsa attestazione della presenza in servizio da parte del lavoratore pubblico, al terzo comma 3 – *quater* è quantificabile in via equitativa dal giudice contabile anche in rilevanza al fatto per i mezzi di informazione e non è inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia.

²⁷⁵ Procuratore Regionale della Corte dei conti per la Liguria, BOGETTI, intervento del 27 febbraio 2015, in www.corteconti.it.

²⁷⁶ Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 423 del 28 gennaio 2014.

133 c.p., ma non anche del giudice amministrativo.²⁷⁷ Infine viene ribadito quanto sopra contestato e cioè la caratteristica della intrasmissibilità di tale tipo di obbligazione pecuniaria agli eredi, specificità questa delle sanzioni amministrative ai sensi dell'articolo 7 della legge 24 novembre 1981.

In sostanza, dunque, ci troveremmo in presenza di un provvedimento di tipo sanzionatorio irrogato da una particolare autorità non di tipo amministrativo, ma giurisdizionale, quale appunto la Corte dei conti.

Vi sono autori,²⁷⁸ infine, che individuano nell'illecito amministrativo – contabile addirittura un “terzo genere” di illecito, un equilibrato intreccio di profili sia penalistici che civilistici, “di profili compensativi – risarcitori (reintegra pecuniaria del soggetto pubblico danneggiato) che rappresentano il fine ultimo dell'azione giuscontabile e finalità sanzionatorie – preventive”²⁷⁹ volti ad accertare le vere responsabilità,

²⁷⁷ Secondo la giurisprudenza, infatti, il potere riduttivo del giudice amministrativo, previsto dall'articolo 23 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ora peraltro abrogato dall'articolo 34, comma 1, lett. c) del Decreto Legislativo 1 settembre 2011, n. 150, non ha natura equitativa, dovendosi muovere secondo i criteri indicati nell'articolo 11 della medesima legge e non si applica alla sanzione di tipo proporzionale, ma sola alla sanzione da un minimo ad un massimo. Vedasi sentenza Cass. Civ. sez. I, 12.09.1997, n. 9035, in *Raccolta di massime sugli illeciti amministrativi*, (a cura di) Ufficio per le Relazioni con il Pubblico Camera di Commercio di Prato, anno 2014, in www.po.camcom.it. ed anche Cass., sez. lav. 1 settembre 2003, n. 12758, in FRATINI M., *L'opposizione alle sanzioni amministrative, Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2008, 137. In realtà, per effetto, della entrata in vigore dell'articolo 6, comma 12, del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, la sentenza con cui il giudice accoglie l'opposizione può annullare in tutto o in parte l'ordinanza ingiunzione o può modificarla anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta che è determinata in una misura in ogni caso non inferiore al minimo edittale. Quindi, anche dopo l'intervenuta riforma, permane un veto da parte del legislatore alla discrezionalità del giudice amministrativo in materia.

²⁷⁸ TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, op. cit., 553; TENORE, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, op. cit., 286; TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2013, 61 ss. Di terzo genere parla anche chi fornisce un'ampia interpretazione dell'articolo 103 della Costituzione che statuisce infatti: “la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge”. Nelle altre specificate dalla legge potrebbero essere incluse, quindi, anche le fattispecie prettamente sanzionatorie finalizzate alla punizione dei colpevoli in forza di una legge antecedente alla commissione del fatto; FRAIOLI, in *Responsabilità risarcitoria e responsabilità sanzionatoria*, op. cit., 90, afferma che non si possa più parlare in termini assoluti di responsabilità amministrativa risarcitoria o sanzionatoria, ma appunto di un *tertium genus*, una sorta di contenitore di entrambe le tipologie lasciando libertà al giudice di scegliere al momento del giudizio fra le due, dal momento che tali forme sono ben caratterizzate.

²⁷⁹ TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, op. cit., 61. Secondo tale autore che richiama a questo proposito la sentenza della C. Cost. 20 novembre 1998, n. 371, in *Riv. Amm.*

suddividendole in maniera equa fra quelle a carico della pubblica amministrazione e quelle a carico del funzionario con riguardo, tuttavia, a non caricare eccessivamente la mano su situazioni che potrebbero ingenerare nel dipendente pubblico il “panico della firma” a tutto discapito degli obiettivi di efficienza a causa del conseguente rallentamento di operazioni o scelte nell’agire amministrativo, dettate da eccessiva prudenza e timore delle possibili conseguenze. Secondo quanto si intende comunemente, funzione della responsabilità amministrativa, infatti, dovrebbe essere quella di essere di stimolo alla corretta azione amministrativa nell’interesse della collettività e non certo di disincentivo e detrimento.

A tutte queste considerazioni che riguardano la responsabilità amministrativa contabile in generale si aggiunge il fatto, comunque, che sempre più di frequente il legislatore ha previsto: a) fattispecie particolari o “speciali” di illeciti amministrativo – contabili con conseguente responsabilità amministrativa di tipo puramente sanzionatorio (sanzioni “pure”) che parrebbero a prescindere dall’elemento danno²⁸⁰ (esempio di cui al

R.It., 1998, 945, con nota di MADDALENA, in *Foro amm.*, 1997, n. 11-12, si tratterebbe di una responsabilità “pubblica risarcitoria” che consentirebbe di coordinare la natura patrimoniale di tale responsabilità con il carattere personale della stessa. Ci troveremmo di fronte ad un nuovo *corpus* normativo per un peculiare illecito “*ontologicamente tipico*”, uno strumento risarcitorio con obiettivo di prevenzione di condotte illecite. Secondo tale autore la presenza del danno è comunque imprescindibile anche nelle ipotesi c.d. tipicizzate, che non farebbero altro che confermare la generalizzata giurisdizione contabile su qualsiasi danno erariale desumibile dalla Costituzione (art. 103), 60.

²⁸⁰ BOGETTI, Procuratore Regionale della Corte dei conti per la Liguria, intervento del 27 febbraio 2015, in www.corteconti.it, 7. Egli ritiene che tali fattispecie sanzionatorie prescindano del tutto dalla sussistenza o meno di un effettivo danno alla finanza pubblica. Tanto è vero che non si concretizzerebbero unicamente in sanzioni pecuniarie, ma addirittura in sanzioni non pecuniarie in maniera molto simile alle pene accessorie del diritto penale. Secondo CIMINI, *Tipizzazione dell’illecito erariale e limiti all’attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, in *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, (a cura di) Scoca, F. Di Sciascio, E.S. Napoli, 2014, 100, 104, invece, non sussisterebbe una distinzione fra fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa e fattispecie “speciali” sanzionatorie, ma sarebbero tutte tipizzate, seppur con un quadro normativo “quanto mai eterogeneo ed improvviso”. La semplice violazione di una data legge, può, quindi essere senza dubbio causa di responsabilità amministrativa, sempre, però, in presenza di tutti gli altri presupposti per la sua sussistenza fra cui il danno. Senza danno non ci sarebbe responsabilità, perché si rientrerebbe nella fattispecie di responsabilità formale ritenuta illegittima dalla Corte costituzionale con la nota sentenza del 23 marzo 1983, n. 72. In tale sentenza, infatti, si ribadisce che per il “diritto vivente la responsabilità in esame consiste nella normale responsabilità patrimoniale fondata sui requisiti del danno e dell’elemento psicologico”. Come osservato da PAGLIARIN, *Colpa grave ed equità*, *op. cit.*, 125 e ss. proprio in commento sulle origini della responsabilità formale contemplata dagli articoli 252 e ss. del t.u.

successivo articolo 30, comma 15, legge 27 dicembre 2002, n. 289), che si concretizzerebbero in sanzioni pecuniarie e non, in seguito a semplici violazioni di legge, b) fattispecie tipizzate di illeciti amministrativo – contabili con carattere eminentemente punitivo, connotate dal riferimento da parte del legislatore a locuzioni generiche quali espressioni del tipo: “determina responsabilità erariale” con deroghe più o meno esplicite alla disciplina generale della responsabilità che ne accentuano il carattere sanzionatorio (es. esclusione della compensazione di contemperare il danno della spesa illegittima con l’eventuale utilità delle stessa, implicita presunzione di sussistenza dell’elemento soggettivo con riguardo alla gravità della colpa con sostanziale inversione dell’onere della prova), per le quali sicuramente è contemplato un danno, che si aggiungono alle tradizionali fattispecie di responsabilità sanzionatorie conosciute, che stanno creando un vero e proprio sistema sanzionatorio contabile²⁸¹ e

del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, ora peraltro abrogati dall’articolo 64 della legge 8 giugno 1990, n. 142, citando la dottrina più accreditata dell’epoca che riteneva di trovarsi di fronte ad una particolare tipologia di sanzione di illeciti in cui operasse la presunzione di colpa e del danno e successivamente un pericolo di danno con la possibilità, però, per il trasgressore di provarne l’inesistenza o lo stato di necessità nella violazione compiuta, per comprenderne la natura è necessario osservare i precedenti storici ed in particolare i lavori parlamentari dai quali emergerebbe chiaramente la volontà rimanere nell’ambito della responsabilità civile generica e la non volontà di creare un nuovo tipo di responsabilità e quindi della necessità in ogni caso di accertare il nocumento patrimoniale effettivamente subito dall’ente.

²⁸¹ Corte dei conti, S.R., 27 dicembre 2007, n. 12; Corte dei conti, Sez.giur.reg. Umbria, 8 maggio 2007, n. 128, in www.corteconti.it, che testualmente prevede: “La sanzione in questione, in verità, rappresenta una nuova misura punitiva, di reazione agli illeciti amministrativi-contabili, la cui concreta applicazione – al pari di ogni altra misura di reazione a detti illeciti – è affidata alla Corte dei conti, quale “giudice naturale precostituito per legge”, ex art. 25 Cost., “nelle materie di contabilità pubblica”, ex art. 103, comma 2, Cost.; nelle materie, cioè, “di conto e di responsabilità” (ex Corte Cost. n°68/1971, n°185/1982 e n°189/1984). Trattasi, in sostanza, di una “pena pecuniaria contabile”, analoga a quella di cui all’art. 46 del R.D. n°1214/1934 (che espressamente parla, appunto, di “pena pecuniaria”), inerente al complesso sistema della responsabilità amministrativo-contabile, posta a salvaguardia degli equilibri di bilancio e, come tale, rientrando sicuramente tra le “materie di contabilità pubblica”, ex precitato art. 103, comma 2, Cost.”; MIELE, *La giurisprudenza contabile e le ipotesi sanzionatorie. La responsabilità sanzionatoria nel sistema della responsabilità amministrativa*, in Atti del Corso di formazione organizzato dal Consiglio di Presidenza della Corte dei conti sul tema *Evoluzione normativa e giurisprudenziale sulle ipotesi di responsabilità sanzionatoria e delle altre forme tipizzate di responsabilità introdotte nell’ordinamento ed affidate alla cognizione del giudice contabile*, 3 e ss.

che si aggiungono c) anche alle forme di responsabilità di tipo risarcitorio caratterizzate dalla clausola generale del risarcimento danni cc.dd. erariali.²⁸²

La valenza risarcitoria dell'azione di responsabilità amministrativa sembrerebbe attualmente avere, dunque, in questo periodo storico, valore marginale in confronto all'effetto sanzionatorio della stessa e secondo alcuni giuristi²⁸³ la reintegrazione del patrimonio della pubblica amministrazione sarebbe un pretesto per dar luogo, in realtà, in concreto, all'applicazione di una sanzione vera e propria finalizzata a colpire di fatto un comportamento vietato dalla legge che prescinde, in alcuni casi tipicizzati, addirittura dal danno stesso.²⁸⁴ Tale sanzione condividerebbe con le altre sanzioni di tipo pecuniario amministrativo e penale la natura di sanzione volta alla prevenzione generale al momento della minaccia, mentre nelle fasi dell'applicazione e dell'esecuzione funzione di indiretta rieducazione e prevenzione speciale.

Secondo qualche voce della dottrina, tuttavia, l'elemento danno anche in queste sopramenzionate ipotesi sarebbe un fattore imprescindibile della responsabilità ed il danno consisterebbe, comunque, in un depauperamento del patrimonio dell'erario a causa della condotta del funzionario o agente pubblico. Secondo tale autrice²⁸⁵ un danno esclusivamente potenziale non potrebbe essere oggetto di un giudizio di responsabilità amministrativa, perché mancante appunto delle caratteristiche della effettività, della concretezza e della attualità.

Un altro giurista,²⁸⁶ in particolare, inoltre, si è posto il problema di verificare se il giudice contabile possa veramente irrogare sanzioni amministrative e nonostante questa risposta pare sia stata data in senso affermativo dalla giurisprudenza della Corte dei conti²⁸⁷ in riferimento specifico all'articolo 103 della Costituzione, già sopramenzionato in nota, si richiama ad altri studiosi di diritto amministrativo²⁸⁸ che identificano la

²⁸² Sul punto vedasi FRAIOLI, *Responsabilità risarcitoria e responsabilità sanzionatoria*, op. cit., 92 e ss.; GIAMPAOLINO, *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo* (a cura di) Scoca, Sciascio, 2014, 15.

²⁸³ BOGETTI, op. cit., 12.

²⁸⁴ Di parere contrario TENORE, vedasi per un approfondimento in particolare nota n. 279.

²⁸⁵ TIMELLINI, *Responsabilità amministrativa – contabile e danno erariale per errata ed illegittima determinazione del fondo per la contrattazione integrativa da parte del dirigente del comune*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2011, 560, 588.

²⁸⁶ CIMINI, in *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, op. cit., 99 e ss.

²⁸⁷ Corte dei conti, S.R., 27 dicembre 2007, n. 12.

²⁸⁸ PALIERO - TRAVI, *Sanzioni amministrative*, op. cit., 399.

funzione sanzionatoria con una funzione amministrativa. Secondo tali autori,²⁸⁹ “la funzione sanzionatoria amministrativa, proprio perché costituisce esercizio di un potere amministrativo, è soggetta a forme e a regole che non possono coincidere con quelle di una funzione giurisdizionale”. Il giudice contabile, dunque, in questo specifico caso, non potendo applicare un procedimento amministrativo per l’irrogazione di tali tipi di sanzioni peculiari, non avendone né i poteri né le funzioni, sarebbe costretto ad adottare le procedure tipiche del procedimento giurisdizionale, evidenziando una anomalia nel sistema per sovrapposizione di competenze e per commistione fra il potere giudiziario ed il potere esecutivo”.²⁹⁰

Secondo un altro studioso, in particolare,²⁹¹ presupposto perché il giudice contabile possa applicare tale tipo di sanzione, sembra, dunque, essere la sussistenza di un vero danno all’erario, perché solo in questo caso vi è quel collegamento della “materia” con la “giurisdizione”, necessario affinché si estenda il margine di potere anche sanzionatorio della Corte dei conti. In sostanza unicamente quando l’inosservanza del precetto possa anche solo potenzialmente causare un danno all’erario ossia sia stata avviata una azione di danno erariale è possibile attribuire tale potere sanzionatorio al giudice contabile. Tale avvallo sarebbe confermato in più ambiti giuridici, primo fra tutti l’articolo 24 della legge del 24 novembre 1981 che prevede che il giudice penale

²⁸⁹ PALIERO - TRAVI, Sanzioni amministrative, *op. cit.*, 400.

²⁹⁰ Tale assunto, tuttavia, è in parte superato da un nuovo potere accordato al giudice ordinario ma anche al giudice amministrativo dalle recenti riforme avvenute in Italia del processo civile (Legge 18 giugno 2009, n. 69 ed in particolare l’articolo 614 – bis c.p.c.) ma anche amministrativo (articolo 114 del Titolo I del Libro IV “ottemperanza e riti speciali”) che hanno recepito nel nostro ordinamento interno un istituto di coercizione indiretta di derivazione francese, *le astreintes*. Esse si concretizzano in una somma da pagare da parte del debitore inadempiente nel caso in cui questo si rifiuti di ottemperare all’ordine del giudice di eseguire la prestazione dovuta. Tale somma ingiunta non è valutata in proporzione al danno subito dall’altro obbligato, bensì dalla capacità patrimoniale dell’inadempiente ed eventualmente da altri parametri come il grado di colpa. L’*astreinte* non è considerata, infatti, una forma riparatoria, che ricadrebbe oltretutto nel campo del risarcimento del danno, ma una forma di coercizione affinché quella prestazione venga effettuata che in alcuni casi, però, avrebbe anche una funzione sanzionatoria.

Secondo alcuni autori, in particolare CORTESE, *Sull’obbligo di pagare una somma di denaro ex art.114, comma 4, lett. E) c.p.a.: natura giuridica e regime applicativo*, in *Responsabilità Civile e Previdenze*, 2014, 657, la *astreinte* amministrativa ha uno scopo prevalentemente sanzionatorio anzi si tratterebbe proprio di una pena di tipo amministrativo posta in esplicito presidio per la garanzia rafforzata dell’effettività della tutela giurisdizionale amministrativa.

²⁹¹ CIMINI, *Tipicizzazione dell’illecito erariale e limiti all’attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, *op. cit.*, 110.

possa applicare la sanzione amministrativa solo se esiste la connessione obiettiva tra un illecito amministrativo ed il reato.

Il giudice contabile, infatti, non potrebbe avere un potere sanzionatorio che non gli competerebbe.²⁹²

Secondo tale autore, infine, è necessario tenere distinte, comunque, le varie fattispecie quelle tipizzate di responsabilità sanzionatoria da quelle di ordinaria responsabilità per “danno”. Nei primi casi la disciplina applicabile sarebbe quella prevista per le sanzioni amministrative a partire dall’elemento soggettivo che deve essere quello della colpa lieve,²⁹³ perché nel momento in cui la Corte dei conti pone in essere un’attività amministrativa deve seguire i principi del diritto amministrativo sanzionatorio.²⁹⁴

Del resto l’elemento soggettivo della colpa lieve, è opportuno rilevare, era il regime normale per la responsabilità amministrativa contabile a carico dei dipendenti pubblici sino all’entrata in vigore della legge 20 dicembre 1996, n. 639 che ha novellato l’articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 (disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti) e l’introduzione della colpa grave come soglia minima per tale tipo di responsabilità era stata pensata dal legislatore tenendo conto della molteplicità dei doveri di ufficio che incombono sui funzionari pubblici che molto spesso sono inseriti in realtà organizzative complesse e poco efficienti e quindi l’impegno di diligenza richiesto al comune dipendente pubblico era molto elevato. Con la colpa grave e l’introduzione di alcuni parametri rilevatori di tale gravità si è tenuto conto della “realtà effettuale delle cose” e delle esigenze di “individualizzazione” della colpa focalizzata sulla varietà delle situazioni e delle circostanze in concreto che consideri i processi interni di valutazione, ma anche gli elementi inderogabili di

²⁹² Su questo punto vedasi osservazioni e note di pagina 121 del presente studio.

²⁹³ Di diverso avviso parrebbe il dato letterale della sentenza Corte dei conti, sez. riunite, del 27 dicembre 2007, n. 12, dato letterale che, però, pare essere smentito dalla intera impostazione dogmatica cui fa riferimento la stessa decisione che richiama altre sentenze in motivazione. Sul punto vedasi una interessante nota a sentenza di ALBO - SMIROLDO, *La sanzione per la violazione del divieto di indebitamento secondo le Sezioni Riunite della Corte dei conti: una occasione perduta*, in Lexitalia. it., n. 2/2008 e nota a C. conti, sez. riun. 27 dicembre 2007, n. 12/QM, in *Rivista della Corte dei conti*, 2007, 96-104.

²⁹⁴ CIMINI, *Tipicizzazione dell’illecito erariale e limiti all’attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, op. cit., 114.

imputabilità della colpa quali sono la prevedibilità ed evitabilità dell'evento rapportati all'agente modello "*eiusdem professionis ac condicionis*".²⁹⁵

Come si vede dalle varie tesi contrapposte non vi è ancora unicità di visioni in merito alla effettiva natura degli illeciti amministrativo - contabili e quindi sulla reale natura dell'esborso pecuniario subito dal dipendente pubblico colpevole, se tale esborso in realtà sia una sorta di risarcimento danno equivalente a quello subito in sede di responsabilità civile e quindi non si possa prescindere dalla verifica dell'elemento danno, oppure una vera e propria sanzione equiparabile alle sanzioni pecuniarie conosciute dal diritto penale o amministrativo e questo in modo particolare proprio rispetto alle nuove fattispecie sanzionatorie qui in esame.

A prescindere, quindi, dal dibattito ancora in corso sulla reale natura della responsabilità amministrativa classica, in questa sede e per la parte che più interessa la presente ricerca verranno esaminate, dunque, unicamente e brevemente quelle fattispecie sanzionatorie pecuniarie che potrebbero essere e costituire l'antecedente storico delle fattispecie contemplate dalla legge anticorruzione ed i suoi decreti attuativi e la cui natura è dubbia ed è oggetto, pertanto, della presente analisi, a partire dalla prima fattispecie disciplinata secondo le nuove modalità dal legislatore agli inizi degli anni duemila, fattispecie con una connotazione prevalentemente se non esclusivamente sanzionatoria e il cui elemento costitutivo del danno sarebbe assente.

Tale esame è necessario per indagare se effettivamente già nel passato erano previste fattispecie di responsabilità "anomale" o comunque particolari con coseguenti sanzioni "anomale erariali", tali da giustificare e comprendere anche le fattispecie previste dalla legge anticorruzione ed i relativi decreti attuativi.

²⁹⁵ BONELLI, *La colpa grave nell'illecito contabile oggi, in Relazione al Convegno "Il danno erariale ed il suo giudice naturale tra tradizione e novità – Tematiche sostanziali e processuali di responsabilità amministrativo – contabile*, Napoli, 4 aprile 2014, in *GiustAmm.it*, 2014, 13. L'autore aderisce alla c.d. concezione "normativa" della colpa che "consente di riportare l'elemento psicologico al giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà, che sarebbe stato possibile non assumere", adendo alla tesi alle tesi di dottrina e della giurisprudenza. La visione normativa sposa una visione dinamica della colpa che si traduce nel pretendere dall'uomo ciò che ragionevolmente è possibile pretendere, e cioè in fin dei conti passare dall'astratto al concreto e permette di modellare o contestualizzare la colpa tenendo presente l'accaduto. Su punto vedasi anche GIARDINO, *La colpa grave nella responsabilità amministrativa*, in *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, op. cit., 147, 148. MADDALENA, *La colpa nella responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte conti*, 1997, 278; TENORE, *La responsabilità amministrativa contabile; profili sostanziali*, in *La nuova Corte dei Conti* (a cura di) Tenore, 154 -155.

La prima fattispecie nota è quella prevista dall'articolo 30, comma 15, della legge finanziaria 2003 del 27 dicembre 2002, n. 289, anche se un primo antecedente storico sarebbe già rinvenibile come caso spurio nella fattispecie sanzionatoria pecuniaria tipizzata di cui al r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 che prevedeva, in caso di renitenza del soggetto obbligato alla resa del conto, il potere della Corte dei conti di applicare una pena pecuniaria in ragione della mora. Essa è la prima forma di responsabilità amministrativa tipizzata di tipo esclusivamente sanzionatorio di competenza della Corte dei conti che parrebbe prescindere dal danno patrimoniale.²⁹⁶ In tale articolo il legislatore richiama espressamente la responsabilità erariale per mancato rispetto delle prescrizioni normative previste. La sanzione per gli amministratori va da un minimo ad un massimo edittale fissati, rispettivamente in cinque o venti volte l'indennità di carica percepita al momento della violazione ed indipendentemente dalla produzione del danno. In questo specifico caso, evidentemente, il legislatore parrebbe aver ritenuto sufficiente il pericolo di disequilibri²⁹⁷ che possano incidere in modo negativo sulla stabilità della finanza pubblica a prescindere poi dal concreto verificarsi ed attualizzarsi del danno valutabile economicamente.²⁹⁸ Di diverso avviso sarebbe, però, altra parte

²⁹⁶ Come riteneva la giurisdizione contabile era sufficiente la mera violazione dell'obbligo di legge, perché la finalità era quella di sanzionare il mero inadempimento, C.conti, sez. Molise, 4 novembre 2005, n. 126, in *Riv. C. conti* 2005, 6, 256 e 20 febbraio 2007, n. 51 richiamata da PELLINO, in *La responsabilità amministrativa sanzionatoria tra clausola generale e tipizzazione dell'illecito*, Nota a C. conti Sez. riun. 27 dicembre 2007, n. 12/QM in *Foro Amministrativo C.d.S.*, 2007, 3565.

²⁹⁷ Di assenza di danno e di ipotesi particolari di responsabilità in tale senso parla anche FRAIOLI nel suo intervento "*Responsabilità risarcitoria e responsabilità sanzionatoria*" Tavola Rotonda, Assisi 20 maggio 2010, *op. cit.*. Anzi secondo tale autrice nel caso particolare contemplato di cui all'articolo 30, comma 15 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, 100, se la condotta illecita causasse anche un danno patrimoniale ne deriverebbe anche una responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio, una ulteriore responsabilità che si sommerebbe a quella particolare descritta.

²⁹⁸ Di alterazione dell'equilibrio finanziario del bilancio come danno o addirittura del danno concretizzatosi nella stessa somma di cui si era illecitamente disposto, considerata con presunzione *iuris tantum* danno effettivo parla invece MELE, in *La responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, Milano, 1992, 224, che richiama, a suffragio della sua tesi, proprio la giurisprudenza della Corte dei conti, Corte dei conti, I, sez., n. 8 del 18 gennaio 1956, in *Riv. Corte conti*, II, 4. Secondo tale autore non si può in nessuna caso prescindere dall'elemento oggettivo del danno, anche se per danno non sempre si può intendere il decremento patrimoniale subito dall'ente e per questo rinvia ad una nota sentenza della Corte Costituzionale, la n. 72 del 23 marzo 1985 che ha rilevato che la responsabilità formale "non è che una comune responsabilità patrimoniale fondata sugli elementi precipui della colpa e del danno".

della dottrina²⁹⁹ secondo la quale è necessaria comunque la verifica dell'elemento psicologico del dolo o della colpa grave e comunque sempre un danno per l'applicazione di questa sanzione. A questo proposito reinvia alla nota sentenza sezioni riunite della Corte dei conti³⁰⁰ che sottolinea proprio questo aspetto, riferendosi al caso

²⁹⁹ TENORE, in *La nuova Corte dei conti, op. cit.*, 48, 55, 59, 60. Si tratterebbe in sostanza, secondo l'autore, di particolari ipotesi sanzionatorie che aggiungerebbero alle finalità risarcitorie anche intenti punitivi e dissuasivi. Tale ipotesi non sarebbero altro in definitiva che "conferme della generalizzata giurisdizione contabile su qualsiasi danno erariale desumibile dalla Costituzione ai sensi dell'articolo 103", per cui si potrebbe ora ben parlare efficacemente di un 'unitaria categoria definitiva di "responsabilità finanziaria" che unisca e raggruppi in sé tutte le fattispecie previste dal legislatore, accumulate, però, dal centrale elemento della produzione di un danno erariale da parte dell'agente pubblico.

³⁰⁰ Sentenza del 27 dicembre 2007, n. 12/QM, nota a sentenza di FRANCAVIGLIA, *Enti locali, debiti fuori bilancio e regime sanzionatorio*, in *Informator*, 2008, 23 e ss. In tale sentenza si chiariscono tanti quesiti posti dalla giurisprudenza precedente che sui vari punti era divisa. Con tale sentenza viene chiarito, fra gli altri, infatti, che il tipo di procedimento da seguire per l'applicazione di tale sanzione è quello previsto per l'ordinario giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti, trattandosi di un giudizio attivabile unicamente dal procuratore contabile, dal momento che esso è il portatore dell'interesse al corretto funzionamento della contabilità pubblica e non già, chiunque vi abbia interesse (e quindi anche i privati); il titolo soggettivo di imputazione è il dolo e la colpa grave; la delibera di contrarre il mutuo deve essere stata portata ad esecuzione mediante la stipula del relativo contratto, non essendo sufficiente la sola adozione della delibera; l'ente destinatario della sanzione va individuato nell'ente di appartenenza degli amministratori condannati. Secondo CHIAPPINIELLO, commento alla sentenza, in *Giustizia amministrativa*, 2007 novembre – dicembre (Rivista bimestrale di legislazione, giurisprudenza e dottrina, n. 6, 1344 e ss.), riconfermata da un articolo analogo, *Brevissime note sulla sentenza delle Sezioni Riunite n. 12 del 27 dicembre 2007/Q.M. concernente „Questione di massima riguardante la sanzione disciplinata dall'articolo 30, comma 15, della legge numero 289 del 27 dicembre 2002 (legge finanziaria 2003)*, in *Giustamm*, anno XIII, settembre 2016, si tratterebbe di una responsabilità amministrativa di tipo sanzionatorio, perché pensata dal legislatore proprio per la salvaguardia degli equilibri della finanza pubblica, per la quale, dunque, non occorrerebbe, da parte del giudice, verificare la sussistenza di un danno ingiusto risarcibile. Ciò che sarebbe da accertare è unicamente la mera violazione del precetto previsto dalla legge oltre che, naturalmente, l'elemento psicologico. Tale autore riporta le diverse prese di posizione della giurisprudenza in merito all'elemento psicologico, prima dell'intervento delle Sezioni Riunite del 2007 ed in specifico la sentenza sezione Lazio, dec. N. 3001 del 2005 in base alla quale è sufficiente una qualsiasi colpa, anche lieve e la sentenza sezione Sicilia dec. N. 3198 del 7 novembre 2006, in base alla quale per la configurazione di tale illecito è bastevole persino la colpa lievissima. La sentenza del 27 dicembre 2007 ribadisce, però, la necessità del dolo o della colpa grave e la delibera deve essere portata ad esecuzione. Solo, infatti, in questo momento si verifica la situazione di pericolo concreto di squilibrio del bilancio. Sul punto vedasi anche il commento di FRAIOLI, *Il ricorso all'indebitamento per finanziare spese non di investimento da parte*

concreto e cioè al fatto che sia necessaria l'esecuzione della deliberazione di indebitamento e non la semplice adozione della stessa, affinché si concretizzi il danno.³⁰¹ Si tratterebbe, dunque, comunque di essere sempre in presenza di “danni erariali, anche se con sfumature punitive” e, quindi, secondo questo orientamento, non esisterebbero “sanzioni erariali” avulse dal danno.

A partire da questa fattispecie si è assistito ad un proliferare di tali tipi di illeciti e conseguenti sanzioni che hanno sollevato non pochi dubbi e dibattiti interni alla giurisprudenza contabile e non e della dottrina.

Degna di essere considerata è, solo a titolo di esempio, la sanzione prevista in caso di contratto di assicurazione a tutela dalla responsabilità per danno all'erario stipulato dall'amministratore di un ente pubblico a copertura dei rischi professionali legati alla carica di un funzionario pubblico della medesima amministrazione, contemplata dal comma 59 dell'articolo 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria 2008) e consistente nel rimborso di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi assicurativi complessivamente stabiliti oppure la fattispecie di responsabilità relativa

dei consigli comunali, in *Nuova Rassegna*, n. 5, 2008, 571 e ss. In specifico sul fatto che tale responsabilità è di tipo sanzionatorio ed è una fattispecie tipizzata, vedasi anche commento di LA TORRE, *La sanzione per violazione del divieto costituzionale di indebitamento per finanziare spese correnti*, in *L'amministrazione italiana*, n. 6/2010, 945 e ss., secondo il quale negli ultimi anni il legislatore ha previsto fattispecie tipizzate di illeciti amministrativo – contabili che si aggiungono alle tradizionali fattispecie di responsabilità sanzionatorie già conosciute dall'ordinamento e rientranti nella giurisdizione della Corte dei conti, come ad esempio gli articoli 45, c. 2, lett. C) e 46, c.1, del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 che danno luogo ad un vero e proprio sistema sanzionatorio contabile che si affianca nella tutela delle risorse pubbliche, al sistema tradizionale della responsabilità amministrativa di tipo risarcitorio basato sulla clausola generale del risarcimento dei danni e trovano la loro fonte e la loro previsione, a livello costituzionale nelle altre materie specificate dalla legge o nella medesima disposizione costituzionale, disciplinando essa comunque un istituto, come quello del divieto di indebitamento, sicuramente rientrante nelle materie di contabilità pubblica (articolo 103, comma 2 della Costituzione).

³⁰¹ Di diverso avviso PELLINO in *La responsabilità amministrativa sanzionatoria tra clausola generale e tipizzazione dell'illecito*, *op. cit.*, 3570, che ritiene che la disposizione in esame è finalizzata a proteggere il solo pericolo di disequilibri di bilancio e non è indirizzata al danno che eventualmente potrebbe derivare. Quindi la fattispecie sanzionatoria si consumerebbe già nella mera assunzione della delibera e non si dovrebbe attendere il verificarsi concreto del danno. Della stessa opinione è anche GRECO, in *Responsabilità per violazione del divieto costituzionale di indebitamento per finanziare spese correnti*, in *Riv. Corte conti*, 2004, 5, 300, secondo il quale tale fattispecie è prevista a tutela della finanza pubblica e quindi la responsabilità scatterebbe a carico degli amministratori al momento della adozione della relativa delibera.

alla elusione del patto di stabilità introdotta dagli articoli 20 del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98 e 31, comma 31 della legge 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012) consistente nella sanzione pecuniaria a carico degli amministratori il cui importo può arrivare fino ad un massimo di dieci volte l'indennità di carica e la sanzione pecuniaria a carico del responsabile del servizio economico – finanziario fino a tre mensilità del trattamento retributivo al netto di oneri fiscali e previdenziali.

Fattispecie interessanti per la presente ricerca sono, tuttavia, quelle contemplate per far fronte all'eccessivo ricorso al conferimento di incarichi esterni da parte delle pubbliche amministrazioni. Tale ricorso in passato avveniva in maniera indiscriminata a tutto discapito della lievitazione delle spesa pubblica. Per questo il legislatore ha inserito mano mano nelle varie finanziarie disposizioni che limitino e regolino il ricorso a tali atti, previa anche comunicazione agli organi di controllo ed agli organi di revisione di ciascun ente, nonché di varie forme di pubblicità. Il conferimento di tali incarichi in assenza dei presupposti previsti costituiva per espressa previsione di legge illecito disciplinare e determinava responsabilità erariale.

Nella legge finanziaria del 2008, legge 24 dicembre 2007, n. 244, in particolare, i commi 18 e 54 prevedono che la mancata pubblicazione dei contratti di consulenza e l'affidamento di incarichi a collaboratori esterni determini illecito disciplinare e responsabilità erariale in quanto la pubblicazione stessa conferisce efficacia agli stessi atti.

Una parte della dottrina³⁰² ha preso posizione su tale fattispecie a partire da quella contenuta nell'articolo 1, comma 127 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, così come modificato dall'articolo 3, comma 54 appunto della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (finanziaria 2008) che è stata abrogata recentemente dall'articolo 53, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 14 marzo 2013. Tale articolo prevedeva, appunto, l'obbligo di pubblicazione sulla pagina web di tutti gli incarichi di collaborazione esterna o di consulenza. In caso di omessa pubblicazione la liquidazione del corrispettivo costituiva illecito disciplinare e determinava responsabilità erariale del dirigente preposto. Ora tale articolo di legge parrebbe sostituito dall'articolo 15, comma 3 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 e secondo una parte della dottrina³⁰³ non si tratterebbe più di sanzione con intento risarcitorio per danno erariale, ma di una sanzione amministrativa

³⁰² CIMINI, *Tipicizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, op. cit., 117.

³⁰³ CIMINI, *Tipicizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, op. cit., 117, 118.

vera e propria non più di competenza della Corte dei conti, non essendo più menzionata espressamente tale tipo di danno o responsabilità.

La Corte dei conti, però, parrebbe dare una ulteriore lettura della norma sopramenzionata nella sua originaria formulazione prima delle intervenute abrogazioni e modifiche,³⁰⁴ leggendola in maniera coordinata con un'altra norma simile, cioè quella prevista dall'articolo 53, comma 15 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 che prevedeva, anche prima delle modifiche introdotte dalla legge anticorruzione, obblighi di comunicazione al Dipartimento della Funzione Pubblica di nuove prestazioni pena l'inconferibilità degli incarichi successivi e l'irrogazione di sanzioni pecuniarie. Tali disposizioni erano e sono previste a garanzia della tutela e del contenimento della spesa pubblica. Tale difetto di comunicazione e di pubblicazione costituivano, fra l'altro, illecito disciplinare e fattispecie di danno erariale nei confronti del dirigente che aveva posto in essere tale adempimento. E tale permane essere il parere della Corte dei conti anche dopo le intervenute modifiche operate dalla legge anticorruzione, tanto è vero che nella sentenza in commento si avvale del proprio potere riduttivo richiamandosi alla regola generale della *compensatio lucri cum danno* che tiene conto della utilità all'Ente danneggiato. Tale entità del danno, però, non parrebbe rapportata alla mancanza di comunicazione e pubblicità, ma al fatto che gli incarichi sarebbero stati conferiti senza adeguata motivazione e senza valutare se tali compiti potessero essere svolti all'interno dell'Ente danneggiato. Il danno erariale, infatti ed il relativo risarcimento sono stati giudicati pari agli incarichi conferiti all'esterno e non pari alla somma inizialmente richiesta dal procuratore regionale e pari alla somma di tutti gli incarichi conferiti in difetto di comunicazione e pubblicità.

Di diverso avviso, infine, rispetto alle posizioni precedenti, sarebbero altri autori³⁰⁵ che individuano in essa una fattispecie di responsabilità disciplinare seppur anomala per la

³⁰⁴ Corte dei conti, sez. giur, regione Lazio del 15 maggio 2014, n. 524, in www.altalex.com.

³⁰⁵ CELONE, *Le responsabilità e le sanzioni introdotte dalla legislazione anticorruzione italiana a carico dei dipendenti pubblici inadempienti agli obblighi di pubblicazione delle informazioni o inosservanti delle situazioni di inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi* in *Relazione al Convegno „Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano ed ordinamento brasiliano“* Palermo, 9 -10 maggio 2014, in *GiustAmm.it*, 2014, 5. Dello stesso avviso anche recentemente OLIVERI L., *La riforma della trasparenza, Come cambia il D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 dopo il D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97*, Santarcangelo di Romagna, (RN), 2016, 122, secondo il quale si tratterebbe di una responsabilità piuttosto grave per il fatto che si tratta di una sanzione corrispondente esattamente alla somma indebitamente corrisposta e quindi non graduabile e che si affiancherebbe in ogni

predeterminazione di una somma fissa pari alla somma corrisposta e per la sproporzionalità della sanzione rispetto alla omissione di un adempimento formale (come la pubblicazione dell'atto sul sito istituzionale), soprattutto se l'incarico esterno è stato affidato nel rispetto di tutte le altre norme previste dalla legislazione sugli appalti, è stato svolto con competenza dall'incaricato e l'ente pubblico ne abbia tratto veramente beneficio.³⁰⁶

Secondo tale autore la definizione come disciplinare della sanzione pecuniaria sopraillustrata deriverebbe dal fatto che le sanzioni amministrative pecuniarie devono rispettare il principio di legalità, tassatività e determinatezza e quindi, ove tali principi non fossero osservati, come parrebbe proprio nell'articolo 15 del decreto legislativo sopramenzionato ed oggetto della presente ricerca, per esclusione si verserebbe solo nelle altre forme di responsabilità contemplate dalla legge per la violazione delle disposizioni sulla trasparenza e pubblicità e cioè nelle sanzioni pecuniarie previste per la responsabilità disciplinare o dirigenziale o amministrativa oppure in quella responsabilità che incide su una parte della retribuzione ovvero conseguente all'illecito dirigenziale.³⁰⁷

caso ad un'altra sanzione conseguente al tipo di responsabilità erariale, laddove ricorrano le condizioni di cui all'articolo 30 del d.lgs. 104/2010.

³⁰⁶ Del medesimo avviso Corte dei conti, sez. giurisdiz. per la Campania, 16 luglio 2013, n. 958 in <https://servizi.corteconti.it/bds/>, che, però, pare escludere la responsabilità sanzionatoria solo se si verificano le condizioni richiamate dalla sentenza Corte dei conti, sez. riunite in sede giurisdiz. del 3 agosto 2011, n. 12, in leggi di Italia, 53, secondo la quale: "Per fattispecie direttamente sanzionate dalla legge devono intendersi quelle in cui non soltanto è prevista una sanzione pecuniaria come conseguenza dell'accertamento di responsabilità amministrativa, ma in cui la norma definisce, altresì, l'automatica determinazione del danno, mentre va escluso che possano rientrarvi le ipotesi in cui la legge si limiti a prevedere che una certa fattispecie determina responsabilità erariale o espressioni simili". Secondo la sentenza Corte conti, n. 958/2013, l'articolo 15 del D.Lgs. 2013, n. 33 che sostituisce l'articolo 1, comma 127, legge n. 662/1996 confermerebbe in via indiretta la natura sanzionatoria di tale fattispecie, ivi contemplata, alla luce anche di quanto affermato dalla sentenza n.12/2011 che fra l'altro espressamente conferma che il danno quale presupposto oggettivo della responsabilità amministrativa non è necessariamente un elemento costitutivo delle fattispecie direttamente sanzionate dalla legge, 53.

³⁰⁷ CELONE, *Le responsabilità e le sanzioni introdotte dalla legislazione anticorruzione italiana a carico dei dipendenti pubblici inadempienti agli obblighi di pubblicazione delle informazioni o inosservanti delle situazioni di inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi*, op. cit., 13.

9. Conclusioni

Dalla trattazione appena conclusa, almeno fino alla entrata in vigore di tutta la normativa anticorruzione, emerge chiaramente, che ogni sanzione a carico dei funzionari pubblici di tipo pecuniario ha una propria connotazione caratteristica, perché prevista con finalità diverse. Le pene pecuniarie a carico esclusivamente dei pubblici ufficiali o incaricati dei pubblici servizi, sono rare, dal momento che il legislatore ritiene essere altri gli strumenti per punire i dipendenti pubblici e comunque sono sempre pene accessorie o ausiliarie previste in combinazione a sanzioni ben più gravi come la reclusione.

Le sanzioni conservative disciplinari pecuniarie a carico sia di funzionari che dirigenti sono pensate con *la ratio* di ripristinare il corretto funzionamento della attività lavorativa lesa dal comportamento inadempiente del lavoratore, hanno, dunque, primariamente natura negoziale e non finalità in primo luogo afflittiva. A questo riguardo si è perciò osservato che tali sanzioni sono un rimedio blando ad inadempimenti considerati di scarso valore aziendale e pertanto, a maggior ragione, devono osservare i principi di proporzionalità rispetto alla gravità dei fatti contestati e di compatibilità costituzionale ed in specifico dell'articolo 36 della Costituzione, e questo escluderebbe in particolare automatismi sanzionatori o sanzioni abnormi.

Le sanzioni pecuniarie conservative a carico dei dirigenti pubblici, definite "multe", in particolare, sono una introduzione recente del legislatore e legate prevalentemente ad inosservanza di direttive, provvedimenti e delle disposizioni di servizio, quindi a comportamenti di limitato interesse pubblico.

Si potrebbe definire anche come "sanzione dirigenziale pecuniaria", seppur in maniera impropria, la decurtazione della indennità di risultato fino ad una quota dell'80 per cento conseguente ad un illecito dirigenziale che determina responsabilità dirigenziale per tutta una serie di omissioni fra cui quella della mancanza di vigilanza sul personale assegnato al proprio ufficio, ma anche di mancate pubblicazioni.

Infine particolari sanzioni pecuniarie sono anche quelle irrogate dalla Corte dei Conti per tutta una serie di fattispecie. La *ratio* di queste particolari sanzioni è quella di evitare disequilibri al bilancio degli enti pubblici e normalmente tali fattispecie sono infatti previste all'interno di leggi finanziarie ed hanno una formulazione chiara qualificata sempre dalle espressioni legate al danno erariale, anche se non sempre, come già evidenziato sopra è necessario un danno per la loro applicazione.

In merito alla natura delle sanzioni pecuniarie conseguenti alla mancata pubblicazione di conferimento di incarichi esterni, la dottrina, ma anche marginalmente la giurisprudenza, si era espressa timidamente concentrando, però, l'attenzione prevalentemente sulla responsabilità erariale conseguente, oscillando fra responsabilità risarcitoria e sanzionatoria e tralasciando di prendere posizione sulla tipologia di illecito disciplinare in essa contemplata.

Questo in sintesi era il panorama sanzionatorio pecuniario a carico dei funzionari pubblici alle soglie della entrata in vigore della normativa anticorruzione.

CAPITOLO III

Le sanzioni pecuniarie a carico dei funzionari pubblici dopo la normativa anticorruzione

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il fenomeno corruttivo in Europa ed in Italia ed i primi provvedimenti di contrasto. - 3. La legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione) ed i relativi decreti attuativi, in particolare il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (c.d. codice della trasparenza), così come modificato dal D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97 (c.d. decreto Madia): gli adempimenti e le responsabilità in ordine agli obblighi di pubblicità. - 4. Le sanzioni previste dalla normativa anticorruzione: considerazioni generali. - 5. Le responsabilità e le sanzioni nel decreto trasparenza per la violazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni: valutazioni generali. - 6. Le sanzioni ANAC previste dall'articolo 47 del decreto trasparenza ovvero le sanzioni pecuniarie per casi specifici. - 7. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza. Non hanno natura di sanzioni amministrative pecuniarie. - 8. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, così come nuovamente formulato dopo le modifiche del decreto legislativo 2016, n. 97: obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza. Sanzione penale? - 9. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n.33, così come nuovamente formulato dopo le modifiche del decreto legislativo 2016, n. 97: obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza. Sanzione amministrativa tipizzata ovvero sanzione della Corte dei Conti? - 10. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, così come nuovamente formulato dopo le modifiche del decreto legislativo 2016, n. 97: obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza. Sanzione disciplinare? Perplexità al riguardo. - 11. Sanzioni a cavallo fra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare: l'articolo 21, comma 1 bis. - 12. La sanzione di cui all'articolo 15, comma 3: una fattispecie di difficile inquadramento. - 13. Conclusioni: la sanzione di cui all'articolo 15, comma 3 - natura di sanzione disciplinare conservativa anomala a carico del dirigente.

1. Premessa

L'apparato sanzionatorio a carico del funzionario pubblico, come già anticipato precedentemente, ha assunto, però, un'ampia portata soprattutto a partire dalla entrata in vigore della legge anticorruzione con i suoi decreti attuativi, per far fronte ad un fenomeno criminale allarmante e dilagante a livello europeo che ormai investe ogni

settore della vita pubblica e privata del cittadino comunitario, rischiando di minare le basi della stessa economia: il fenomeno corruzione.

Già l'articolo 29 del Trattato sull'Unione europea citava la corruzione fra le forme di criminalità che l'Unione si impegna a prevenire e reprimere, incentrando da subito le azioni e le varie misure più sulla prevenzione che sulla repressione.³⁰⁸

Fin dalle origini dello studio di questa nuova realtà criminale si è posto, tuttavia, un problema terminologico al riguardo e cioè ci si è chiesti che cosa caratterizza la corruzione, che cosa è corruzione, dal momento che si è subito avvertita come inadeguata la definizione data dal diritto penale, mentre più pertinente è apparsa immediatamente quella adottata nel Programma globale contro la corruzione delle Nazioni Unite e cioè "l'abuso di potere ai fini di un profitto privato", che ricomprende in tal modo nel suo campo di applicazione tanto il settore pubblico che il settore privato,³⁰⁹ definizione questa che è apparsa pertinente anche dalle scienze economico sociali che hanno analizzato e studiato il fenomeno.³¹⁰

La Commissione europea ai fini, infine, di tutelare l'economia legale europea ha adottato il 6 giugno 2011 un pacchetto anticorruzione con tutta una serie di atti dalla comunicazione sulla lotta alla corruzione nell'Ue a tutta una serie di relazioni.³¹¹

Il 3 febbraio 2014 ha presentato la prima relazione di analisi della corruzione negli Stati membri dell'UE (che si aggira in 120 miliardi di euro l'anno), con lo scopo proprio di

³⁰⁸ Piano di azione contro la criminalità organizzata adottato dal Consiglio il 28 aprile 1997, pubb. GU C 251 del 15.08.1997, 1.

³⁰⁹ La Convenzione di diritto civile sulla corruzione del Consiglio di Europa definisce la "corruzione" come il fatto di "sollecitare, offrire, dare o accettare, direttamente o indirettamente, una somma di denaro o altro vantaggio indebito o la promessa di tale vantaggio indebito, che distorce il corretto adempimento di una funzione/compito o comportamento richiesto dal beneficiario dell'illecito pagamento, del vantaggio non dovuto o della promessa di tale vantaggio". Sul punto vedasi il richiamo della nota 17 alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo ed al Comitato economico e sociale europeo – politica globale dell'UE contro la corruzione/ 2003/0317, in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52003DC0317> (documento 52003DC0317 – 22.01.2017)

³¹⁰ A questo riguardo per una analisi approfondita del fenomeno dal punto di vista socio economico, MONTEDURO – BRUNELLI - BURATTI, *La corruzione, Definizione, misurazione ed impatti economici*, in http://focus.formez.it/sites/all/files/volume_1.pdf, marzo 2013, 17, 18.

³¹¹ Per una scheda sintetica di lettura del pacchetto anticorruzione della Commissione europea, vedasi il Dossier n. 283/2 A.C. 3540 – A, 17° Legislatura del Senato, in https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/972620/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione14-h3_h34.

fare il punto della situazione e stimolare una riflessione improntata al miglioramento delle misure adottate per contrastarla.

Da questa relazione, come emergerà meglio nel prosieguo della trattazione, è evidenziata l'importanza delle politiche di prevenzione che si concretizzano in tutta una gamma di misure fra cui, particolarmente efficace risulta essere quella della trasparenza della attività amministrativa.

2. Il fenomeno corruttivo in Europa ed in Italia ed i primi provvedimenti di contrasto

La relazione appena citata inizia, dunque, sottolineando come la corruzione è un fenomeno endemico e trasversale presente in tutti i Paesi del Mondo e quindi anche in Europa, seppur di portata diversa da Paese a Paese, da combattere in quanto fonte di gravi danni sociali ed economici.

A tal fine sottolinea come gli strumenti giuridici già esistenti e a disposizione degli Stati membri sarebbero sufficienti a prevenire e combattere tale fenomeno, ma non vengono sempre utilizzati dai vari Paesi ed i problemi sistemici non vengono affrontati in modo abbastanza incisivo, così come le istituzioni pertinenti non sempre dispongono della capacità sufficiente per attuare le norme previste³¹² con l'impressione, addirittura, che non esista in realtà la concreta ed effettiva volontà politica di combatterla.

Premesso questo, la relazione descrive i risultati del sondaggio Eurobarometro condotto nel 2013 sulla percezione generale della diffusione della corruzione nei vari Paesi europei e sulla possibilità effettiva di venir corrotti e questa percezione pare in linea con quanto indicato da Transparency International.³¹³

Da questo sondaggio risulta che in alcuni Stati (Danimarca, Finlandia, Lussemburgo e Svezia) c'è una limitatissima percezione del fenomeno ed una scarsa esperienza diretta di corruzione, mentre in altri Paesi fra cui l'Italia, anche se le tangenti non sembrano diffuse, la corruzione solleva grandi timori alimentati anche dai recenti scandali. In generale a livello europeo si registra una grande preoccupazione nei confronti di questo fenomeno.³¹⁴

³¹² Relazione della Commissione europea sulla lotta alla corruzione nell'Unione europea, 3 febbraio 2014, in http://europa.form.ez.it/sites/all/files/relazione_ue_sulla_lotta_alla_corruzione.pdf, 2.

³¹³ L'indice di percezione della corruzione (Corruption Perception Index, CPI) è pubblicato ogni anno da Transparency International <http://cpi.transparency.org/cpi2013/>.

³¹⁴ Relazione della Commissione europea, 2014, 6.

Le misure di contrasto, secondo la Comunità europea, si dovrebbero concretizzare seguendo un approccio organico coordinato a livello centrale, definito in programmi e strategie anticorruzione.

Molto importanti, quindi, sono le politiche di prevenzione che consistono in norme etiche chiare, in controlli sia interni che esterni alle singole amministrazioni, così come la dichiarazione della situazione patrimoniale di funzionari titolari di incarichi sensibili e strategici, perché questo avrebbe la funzione di rafforzare la responsabilità dei funzionari che non potrebbero più nascondere arricchimenti illeciti. Così come la trasparenza della attività amministrativa soprattutto nel settore delicato degli appalti pubblici è garanzia di concorrenza leale ed un efficace strumento di lotta alla corruzione.³¹⁵

Molte delle strategie indicate a livello europeo ed internazionale sono state adottate dagli Stati membri, come ad esempio l'istituzione di Autorità anticorruzione, ma molto rimane ancora da fare, come già sopra premesso.

Per quanto concerne il nostro Paese, nell'allegato sull'Italia emerge il fatto che il 97% degli italiani intervistati ritiene la corruzione in Italia un fenomeno dilagante ed il 42% afferma di subire personalmente la corruzione nel quotidiano contro una media UE del 26%. Addirittura l'88% degli intervistati è convinto che corruzione e raccomandazioni sono spesso il modo più semplice per accedere a determinati servizi e la mancanza di fiducia nelle istituzioni pubbliche risulta molto diffusa e nello specifico nei confronti dei politici e di quei funzionari responsabili dell'aggiudicazione degli appalti pubblici.

Nella relazione si fa riferimento alla legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge Severino, in seguito per brevità denominata semplicemente legge anticorruzione) che rafforza sicuramente le politiche di prevenzione mirate a responsabilizzare i pubblici ufficiali e la classe politica.

La legge anticorruzione è stata, infatti, la risposta italiana alle raccomandazioni europee, ma da tempo il nostro Paese si era posto questo obiettivo diventato urgente e prioritario

³¹⁵ Nella Relazione in esame si osserva, infatti, che le direttive europee in materia di appalti, recepite dagli Stati membri, hanno molto contribuito a rendere trasparenti le procedure di gara, anche con il sistema di pubblicazione, p. 31. Alcuni Stati membri hanno adottato ampie misure per garantire la pubblicazione in tempo reale e in formato agevole dei bilanci annuali e degli stati patrimoniali delle autorità pubbliche, con i dettagli dei costi dei lavori e servizi pubblici.

e cioè quello della trasparenza effettiva³¹⁶ dell'agire pubblico, preordinata alla prevenzione del dilagante fenomeno della corruzione.

La riforma del 2009, come già premesso precedentemente, aveva fin dall'origine l'obiettivo di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici contrastando i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo e per far ciò era intervenuta pesantemente in primo luogo in materia di sanzioni disciplinari.

Lo scopo primario, anche se non unico, era quello di valorizzare lo strumento repressivo con l'obiettivo di raggiungere un livello ottimale di prestazioni.

Per far ciò aveva introdotto un sistema rigoroso di norme che hanno comportato di fatto, però, un arretramento delle garanzie sostanziali che il decreto legislativo 3 febbraio 1993, 29 voleva riconoscere al pubblico dipendente attraverso il ricorso alla fonte della contrattazione collettiva.

Ma non solo. Accanto a questo scopo, un altro suo obiettivo non meno importante e che si pone sulla scia delle riforme della pubblica amministrazione iniziate negli anni novanta, era quello della totale trasparenza reale dei dati e quindi dei procedimenti decisionali, al fine di permettere un ampio controllo sociale dei pubblici apparati, così come previsto dall'articolo 11, comma 1, del decreto del 29 ottobre 2009, n. 150.

Le riforme della pubblica amministrazione, come noto, tuttavia, sono iniziate precedentemente con la legge 7 agosto 1990, n. 24, che oltre alla figura del responsabile del procedimento, disciplina agli articoli 22 e seguenti la fattispecie del diritto di accesso ai documenti amministrativi. Tale diritto di accesso è stato il primo passo per consentire il coinvolgimento ed il controllo da parte dei cittadini sulle attività della pubblica amministrazione, anche se non ancora nell'ottica dell'*open government*.³¹⁷

³¹⁶ Per un approfondimento in merito all'evoluzione del concetto di trasparenza vedasi anche M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Diritto amministrativo* 2015, 121 e ss.

³¹⁷ Per la definizione di *Open Government* (letteralmente "governo aperto") si riporta testualmente: "con l'espressione *Open Government* si intende un nuovo concetto di governance a livello centrale e locale, basato su modelli, strumenti e tecnologie che consentono alle amministrazioni di essere "aperte" e "trasparenti" nei confronti dei cittadini". HINNA L., (a cura di) *Glossario della riforma della pubblica amministrazione, Le parole della performance in enti locali, regioni e loro organismi*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2014, 328 e ss. A tale concetto si ricollega il termine *Open Government Data* che rappresenta il sottoinsieme di dati aperti e linkabili della P.A.. Tale sistema permette un aumento della trasparenza e della efficienza della P.A. Per un approfondimento, HINNA L., (a cura di) *Glossario della riforma della pubblica amministrazione, Le parole della performance in enti locali, regioni e loro organismi*, op. cit., 331. Per il sistema "*open data*" vedasi anche OLIVERI L., *La riforma della P.A.*,

L'articolo 24, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 24, infatti, esplicitamente prevede che “non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni”. La finalità del diritto di accesso, dunque, inizialmente era preordinata essenzialmente al controllo delle *performance*³¹⁸ nell'ottica dei principi dell'efficienza e dell'efficacia della azione amministrativa, ma non era visto nell'ottica di prevenzione nella lotta alla corruzione, che seppur sempre presente nella realtà pubblica italiana, non era percepita, tuttavia, come “male da combattere, ma tutt'al più, male con cui convivere” e pertanto il diritto di accesso non era accompagnato da un apparato sanzionatorio che lo rendesse realmente effettivo.

Un primo tentativo in quest'ottica è stato perseguito in un primo tempo unicamente dalla riforma del 2009 che ha posto le basi del legame fra trasparenza e lotta alla corruzione, dal momento che, era apparso progressivamente chiaro che, dove manca la trasparenza è ben facile che si sviluppino le condizioni per quei fatti di corruzione o di concussione che rendono indispensabile il ricorso alla legge penale.

Del resto l'Italia non poteva più ritardare modifiche sostanziali dei propri apparati burocratici ed alla adozione di specifiche leggi, dopo che le organizzazioni internazionali e l'Europa continuavano e continuano a denunciare la situazione di scarsa legalità del nostro Paese e di ampia ed endemica corruzione ad ogni livello ed in ogni ambito ed a sollecitare, quindi, urgenti interventi al riguardo.³¹⁹

Perciò molte disposizioni di legge adottate in questi ultimi anni costituiscono l'attuazione di obblighi specifici derivanti da convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia o da fonti della Comunità europea ed in specifico merita di essere menzionata la sollecitazione della Commissione della Comunità europea del 27 novembre 1996 che

Guida all'applicazione negli enti locali del D.L. 90/2014 conv. In L. 114/2014, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, 130.

³¹⁸ La performance è il contributo (risultato e modalità di raggiungimento del risultato) che una entità apporta attraverso la propria azione al raggiungimento delle finalità e degli obiettivi e, in ultima istanza, alla soddisfazione dei bisogni per i quali l'organizzazione è stata costituita. Sul punto e per un approfondimento vedasi sempre HINNA, *op. cit.*, 351 e ss.

³¹⁹ Per un approfondimento succinto del fenomeno corruzione in Italia, vedasi VANNUCCI A., in, MATTARELLA B.G., PELISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, 25 e ss. È nota, infatti, l'endemica corruzione in Italia, per cui è da sempre stata classificata fra le più basse posizioni a livello mondiale con una leggera inversione di tendenza dopo l'entrata in vigore delle legge anticorruzione del 2012. Secondo l'ultimo report di Transparency International presentato in gennaio 2016 su dati del 2015, l'Italia risulta al 61 posto su 168 Paesi, addirittura dopo Paesi notoriamente corrotti come la Romania e la Grecia (fonte il sole 24 ore 27 gennaio 2016).

invitava gli Stati membri ad istituire attività indipendenti in materia di lavori pubblici, la Convenzione OCSE del 1997 in materia di lotta alla corruzione internazionale, le due Convenzioni contro la corruzione civile e penale del Consiglio d'Europa, rispettivamente del 4 novembre 1999 e del 27 gennaio 1999 (c.d. convenzione di Strasburgo, quest'ultima ratificata con la legge 28 giugno 2012, n. 110) ed infine la Convenzione dell'ONU contro la corruzione del 31 ottobre 2003, nota come Convenzione di Merida, ratificata dall'Italia con la legge del 3 agosto 2009, n. 116 e di fatto attuata con l'entrata in vigore della legge anticorruzione ed i relativi decreti legislativi del 31 dicembre 2012, n. 235 sulla incandidabilità a cariche elettive, il decreto legislativo 24 marzo 2013, n. 33 sulla trasparenza amministrativa ed il decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39 sulla ineleggibilità ed incompatibilità a cariche amministrative per coloro che subiscono condanne, anche non definitive, per reati contro le amministrazioni pubbliche e con l'adozione, infine, del D.P.R. del 16 aprile 2013, n. 62 relativo al Codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

La legge anticorruzione (ed anche il successivo decreto legge del 24 giugno 2014, n. 90 convertito con modifiche dalla legge 11 agosto 2014, n. 114) costituisce, pertanto, una risposta concreta da parte dell'ordinamento italiano nella lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione e rappresenta una novità assoluta nel nostro panorama legislativo, in quanto tutta improntata sulla logica della prevenzione e sull'analisi del rischio più che sulla repressione,³²⁰ perseguendo quei comportamenti che pur non rientranti necessariamente nelle fattispecie penalistiche, tuttavia, appaiono forieri di minare il buon andamento dell'amministrazione pubblica.

Si può parlare, dunque di una disciplina di ordine pubblico che pur ponendosi nel solco già tracciato dalla legge sul procedimento amministrativo sin dal 1990 non è, però, una norma di carattere meramente organizzativo, come potrebbe in un primo momento apparire.

Con tale legge viene fornita una più ampia definizione del fenomeno della corruzione in campo amministrativo che ora in sostanza identifica la corruzione come una forma di

³²⁰ La corruzione secondo la nozione amministrativistica è un concetto molto ampio che ricomprende non solo condotte penalmente rilevanti, ma anche condotte che sono fonte di responsabilità di altro tipo e o che non comportano alcuna sanzione, ma che comunque sono considerate in modo negativo dall'ordinamento giuridico, come ad esempio il fenomeno dell'assenteismo, gli sprechi ecc. ed è per questo che gli interventi di lotta a questo fenomeno devono essere di vasta scala ed a carattere generale, così come ricordano MATTERELLA e CLARICH, in MATTARELLA - PELISSERO, (a cura di) *La legge anticorruzione, Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 61 e ss.

comportamento o ogni esercizio di poteri che è al di fuori dello schema tipicamente previsto dalla legge, un concetto molto più ampio, come si è accennato, di quello previsto in maniera sintetica dalla legge penale.³²¹

Una riforma della pubblica amministrazione, tuttavia, appariva necessaria anche dal punto di vista organizzativo e di risparmio di spesa, dal momento che sia l'organizzazione che la programmazione dell'azione pubblica influiscono inevitabilmente in misura rilevante sui risultati concretamente perseguiti con l'agire pubblico e quindi sugli obiettivi stessi di efficienza ed efficacia, nonché sulla stessa spesa pubblica, con effetti non indifferenti a livello di indebitamento pubblico da assolutamente ridurre o almeno contenere, obiettivo questo, che in tempi di gravi crisi economiche e finanziarie è di prioritaria importanza.

Del resto l'attenzione stessa posta sull'organizzazione della pubblica amministrazione come fattore determinante per perseguire una buona amministrazione, organizzazione intesa come “bontà dei processi e dei meccanismi di erogazione del servizio pubblico”, ridimensionando la politica dell'efficientismo e del risultato considerato in sé, come ricordato da un autore,³²² era stata posta nei primi anni in secondo piano a causa di un'ottica aziendalistica della P.A. che aveva eletto la “misurazione del risultato” come la strada principale per la miglior salvaguardia dell'interesse pubblico nell'ottica della filosofia dominante agli inizi degli anni 2000 anche in Europa del New Public Management.³²³

Era necessario, quindi, un cambio radicale di prospettiva in nome dei principi costituzionali stessi di reale efficienza e trasparenza dell'azione amministrativa e di altri principi che vedevano il pubblico dipendente come un “servitore dello Stato”.

³²¹ Il Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.), approvato dall'A.N.A.C. per il triennio 2013 – 2016 ha definito la corruzione ricomprendendo al suo interno, ai fini della prevenzione, “le varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati”, specificando che per comportamento corruttivo si deve intendere “ogni condotta che a prescindere dalla sua valenza penale evidenzia un “malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso ai fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione amministrativa *ab externo*, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo”. Tale nozione è stata condivisa anche dalla Corte dei Conti nella relazione di apertura dell'anno giudiziario 2013.

³²² F. MARTINES, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, in *Federalismi.it*, 11 marzo 2015, 10.

³²³ MAGNAGO - ROSO, *Modernizzazione della Pubblica Amministrazione, Analisi, relazioni e suggerimenti dei partecipanti del corso postuniversitario in Public Management*, in *Quaderno dell'Accademia Europea di Bolzano* 2000, n. 26, 44, 45, 46.

Già a livello Costituzionale, infatti, il principio di trasparenza³²⁴ viene considerato centrale come livello essenziale delle prestazioni erogate dal servizio pubblico, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lett. m),³²⁵ ma è possibile riscontrare ulteriori principi che, se veramente attuati e rispettati, costituiscono motivo di scoraggiamento per ogni forma di illegalità nell'agire del dipendente pubblico, nonché di reale efficienza nel perseguire gli interessi pubblici. Si pensi, ad esempio, all'articolo 54, secondo comma della Costituzione che richiama i principi di disciplina ed onore per chi svolge incarichi pubblici oppure i noti principi di legalità, di buon andamento, di imparzialità nell'organizzazione dei pubblici uffici, di cui agli articoli 97, 1° comma e 98, 1° comma della Costituzione che rinviano al concetto di servizio esclusivo della Nazione per i pubblici impiegati. Tali principi, tuttavia, apparivano ed appaiono caduti in disuso, perché rispondenti a valori non più percepiti tali dalla società e perché non era stato mai introdotto veramente un apparato sanzionatorio che li rendesse realmente effettivi.

Alcuni principi, tuttavia, come soprattutto il principio di legalità costituiscono una garanzia particolare per il cittadino nei confronti dello Stato, inteso come apparato. Tale quest'ultimo principio in particolare, infatti, è previsto, come già visto, non solo dalla nostra carta costituzionale, ma dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla stessa Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione Europea. Solo che esso è inteso in maniera differente. Come già illustrato precedentemente, sia il legislatore costituzionale che la giurisprudenza italiana lo aveva per lungo tempo interpretato nel senso della riserva di legge e lo aveva posto come condizione per la nascita di una

³²⁴ Secondo SALERNO, *Verso un'amministrazione trasparente: principi costituzionali e regole legislative*, in *Giornale di storia Costituzionale*, 31/2016, 97 e ss. il principio di trasparenza delle pubbliche amministrazioni è un principio di rilevanza costituzionale in quanto implicito in altri principi costituzionali quali il principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'articolo 97, comma 2, Cost dal quale discende il canone di efficienza o il principio di imparzialità, il principio della diretta responsabilità penale, civile ed amministrativa dei funzionari in relazione agli atti compiuti in violazione dei diritti di cui all'articolo 28 Cost, o il principio di uguaglianza che, impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono, fra l'altro, la piena partecipazione dei componenti della collettività alla "organizzazione politica, economica e sociale del Paese di cui all'articolo 3, comma 2. Secondo tale autore "il principio di conoscibilità inteso in senso ampio di conoscenza e comprensione, degli atti e dell'attività delle pubbliche amministrazioni è correttamente interpretabile come diretta espressione dei principi fundamentalissimi di democrazia e di uguaglianza che sono alla base del nostro ordinamento". Dello stesso parere è CORLETTI, *Pubblicità degli atti amministrativi*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1991, 1 ss.

³²⁵ Come ricordano anche MATTARELLA - CLARICH, *op. cit.*, 65 e ss.

norma e di una sanzione penale. Il principio era stato letto in senso formalistico, dove, invece, la giurisprudenza europea ha posto l'accento più sulla finalità della sanzione che sulla qualificazione formale e quindi in chiave sostanzialistica con attenzione più al contenuto ed al risultato che alle procedure, come già ampiamente illustrato precedentemente.

È con l'entrata in vigore della legge anticorruzione ed i relativi decreti attuativi, dunque, che la realtà della pubblica amministrazione ed in particolare dei suoi organi è cambiata e l'efficienza della pubblica amministrazione va di pari passo con la prevenzione della corruzione ed il conseguente apparato sanzionatorio introdotto a carico dei funzionari pubblici ha queste due primarie funzioni.

Alcune forme sanzionatorie sono chiare e con l'obiettivo di perseguire gravi illeciti perpetrati da funzionari e collaboratori a danno dell'apparato pubblico, ma altre forme sanzionatorie, come ricordato in premessa, sono apparse dubbie, dal momento che dalla formulazione non si comprende chiaramente la reale natura di tali provvedimenti.

3. La legge anticorruzione 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione) ed i relativi decreti attuativi, in particolare il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (c.d. codice della trasparenza), così come modificato dal D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97 (c.d. decreto Madia): gli adempimenti e le responsabilità in ordine agli obblighi di pubblicità

La legge anticorruzione contiene, dunque, la prima disciplina organica in materia di prevenzione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione che il sistema giuridico italiano abbia mai contemplato.³²⁶

È, come già anticipato in premessa, un primo concreto tentativo di dare soluzione ad un problema fortemente sentito e percepito all'interno della realtà italiana ed europea, ma mai affrontato in maniera adeguata e concreta.³²⁷

Il quadro originario della legge, pur valutato positivamente dall'allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo del 3 febbraio

³²⁶ MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione alla corruzione*, in *Percorsi cost.* 2012, 1, 2.

³²⁷ Il rapporto 2012 di Transparency International sul Corruption Perception Index è estremamente significativo e colloca l'Italia al 72° posto su 176 nel mondo nella classifica degli Stati in cui la corruzione percepita è più elevata, in <http://www.transparency.org/cpi2012/results>.

2014, come già anticipato, anche sotto l'aspetto del potenziamento della responsabilità (*accountability*) dei pubblici ufficiali, tuttavia appariva eccessivamente farraginoso soprattutto sotto il profilo applicativo, come da subito aveva segnalato la stessa Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) che ha spinto il legislatore ad intervenire successivamente con una ulteriore legge di riforma della pubblica amministrazione il 7 agosto 2015, n. 124 (nota come "riforma Madia") che ha affiancato tale legge, prevedendo tutta una serie di interventi da attuarsi successivamente con più decreti delegati, soprattutto in tema di semplificazione e trasparenza.

In ogni caso la legge anticorruzione viene valutata positivamente perché introduce, soprattutto a livello amministrativo, gli strumenti che le pubbliche amministrazioni devono adottare per contrastare in concreto tale aberrante fenomeno. In particolare crea norme che possano contribuire alla prevenzione della *malaadministration*, incidendo direttamente anche sul sistema organizzativo pubblico e sulla attività amministrativa stessa.

Con la riforma dell'articolo 11, comma 2, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 era stato introdotto un primo rimedio amministrativo e cioè il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità che tutte le pubbliche amministrazioni dovevano adottare con la *ratio* della accessibilità totale delle informazioni riguardanti ogni aspetto dell'amministrazione. Tale decreto aveva previsto la istituzione della Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (Civit), in sostituzione dell'Alto commissario, nato nel 2003. Tuttavia è la legge in esame che completa tale percorso prevedendo nuovi organi, nuove funzioni e concreti piani di prevenzione. Ora, in attuazione della Convenzione dell'ONU, ratificata con la legge del 3 agosto 2009, n. 116, è la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (cioè la CIVIT) l'autorità nazionale anticorruzione che il con il decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014 n. 114 incorpora l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP) e diviene un'unica Autorità di vigilanza, l'ANAC. Viene istituita, poi, la figura del responsabile della prevenzione della corruzione con tutta una serie di compiti, responsabilità e quindi sanzioni.

La corruzione, quindi, è stata combattuta prima ancora essenzialmente con la prevenzione amministrativa anche se parallelamente era apparsa inevitabile anche l'introduzione di strumenti di repressione penale; i rimedi sono quelli organizzativi e di programmazione con ricadute sulla stessa attività amministrativa. La principale novità è l'introduzione dei piani per la prevenzione della corruzione a livello nazionale e locale.

Tali atti hanno la funzione di mappare il rischio di corruzione dei singoli processi organizzativi e contemporaneamente di monitoraggio e pianificazione di interventi concreti con misure di azione di carattere pratico. All'interno di tali piani vengono definiti obblighi di trasparenza ulteriori e specifici. Fra gli obblighi che più rilevano la presente ricerca ci sono quelli relativi agli obblighi di pubblicità e trasparenza³²⁸ e diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 35 della legge in esame, a cui ha dato attuazione il decreto trasparenza, di cui si parlerà in prosieguo, divieti di assunzione di incarichi esterni ed obblighi di comunicazione di quelli assunti. La violazione di tale divieto comporta la nullità contrattuale. A questo riguardo l'articolo 1, comma 32, prevede che le stazioni appaltanti, nonché le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001, gli enti pubblici nazionali, le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni e le loro controllate limitatamente all'attività di "pubblico interesse" sono tenute a pubblicare sui loro siti *web* istituzionali tutta una serie di dati molto importanti. La mancata o incompleta pubblicazione costituisce violazione degli standard qualitativi ed economici di cui all'articolo 1, comma 1, decreto legislativo del 20 dicembre 2009, n. 198, in attuazione del decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198 ed è valutata ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (c.d. Testo unico del pubblico impiego) e cioè ai fini della responsabilità dirigenziale, così come previsto dal comma 33, articolo 1 della legge in esame.

Tale legge ha avuto attuazione e completamento dai decreti attuativi ed in specifico interesse per la presente ricerca dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, detto decreto trasparenza.

Tale decreto intitolato "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte della p.a. realizza il sogno di molti giuristi anche del secolo scorso che, come già anticipato, vedevano nella trasparenza la sicura garanzia del monitoraggio del corretto agire pubblico. Esso ha come precursore la legge sul procedimento amministrativo, legge 7 agosto 1990, n. 241, come già

³²⁸ Come ricorda FANTI, *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione: una breve riflessione in attesa del legislatore delegato*, in *Giustamm*, anno XIII, dicembre 2016, 222, è "più difficile cadere nella tentazione della corruzione qualora ci si trovi sotto gli occhi di tutti", così come CLARICH, *I nuovi obblighi sulla diffusione delle informazioni trasformano gli uffici pubblici in "case di vetro"*, in *Guida al diritto*, Il Sole 24 ore, 27 aprile 2013, n. 18, 64.

accennato precedentemente, ed in particolare gli articoli 26, 12, 22,³²⁹ i primi due abrogati, perché appunto confluiti nel decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, anche se l'articolo più importante è l'articolo 22 in tema di accesso agli atti e documenti amministrativi.

Con il comma 1 dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, infine, si è prevista l'adozione di un ulteriore decreto legislativo di riordino del decreto trasparenza e si sono aggiunti principi e criteri ulteriori e nuovi rispetto a tale decreto che dava attuazione a quanto previsto all'articolo 1 comma 35 della legge anticorruzione. In sostanza si confermano le esigenze non solo della legge anticorruzione, ma anche quelle del decreto sulla trasparenza amministrativa.

“La peculiare via italiana alla trasparenza”³³⁰ che “si fonda sulla centralità degli obblighi di pubblicazione” è il punto di partenza da cui prende le mosse la legge 7 agosto 2015, n. 124. Questa normativa è volta a realizzare due obiettivi: razionalizzare le informazioni sui siti web riducendo e semplificando gli strumenti già esistenti, attraverso il ricorso alle banche dati e dall'altro valorizzando le forme partecipative dei cittadini attraverso istituti quali ad esempio l'accesso civico.

Per quello che interessa la presente ricerca, le novità da tenere in considerazione sono quelle volte a razionalizzare e precisare gli obblighi di pubblicazione nel sito istituzionale, al fine di eliminare le duplicazioni (articolo 7, 1° comma, lett. e) e l'individuazione dei soggetti competenti all'irrogazione delle sanzioni per la violazione degli obblighi di trasparenza (articolo 7, 1° comma, lett. g).

La trasparenza secondo questo nuovo assetto legislativo non viene più considerata unicamente un mezzo in funzione anticorruptiva, ma è legata alla qualità della qualità dei servizi, qualità legata a strumenti negoziali ed a standard prefissati sottoposti a costanti interventi di monitoraggio e quindi di eventuali correzioni da parte degli utenti.³³¹

³²⁹ Sul punto rinvia ad una esaustiva bibliografia FANTI, *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione: una breve riflessione in attesa del legislatore delegato*, op. cit., nota 7, 4.

³³⁰ Come ricorda FANTI, *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione: una breve riflessione in attesa del legislatore delegato*, op. cit., 5 e SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2013, n. 8 – 9, 797.

³³¹ Secondo FANTI, *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione: una breve riflessione in attesa del legislatore delegato*, op. cit., 9., “I principi di pubblicità e trasparenza delle informazioni si pongono come due elementi essenziali strutturali del più ampio modello di organizzazione pubblica e di organizzazione sociale, che ha preso il posto dello Stato amministrativo franco – napoleonico e che ha sostituito un paradigma gerarchico – autoritativo un paradigma nuovo più

Del resto già l'originaria formulazione dell'articolo 1 del D.Lgs. n. 33 del 2013 definiva la trasparenza "lo strumento che concorre ad attuare il principio democratico ed i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione" oltre che come già visto, livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione.

Con il decreto legislativo decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, però, come ritiene la dottrina, il principio generale della trasparenza amministrativa ha subito una vera e propria mutazione genetica,³³² dal momento che in tal modo viene ampliato il "potere di controllo" dei cittadini sull'operato delle pubbliche amministrazioni, introdotto originariamente dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, la quale già aveva previsto la pubblicità come regola ed il segreto come eccezione. Con esso, tuttavia, come ricorda la dottrina,³³³ si verifica una trasmutazione dello strumento di difesa e mezzo di partecipazione individuale a metodo generale per la prevenzione della corruzione amministrativa".

Secondo la dottrina,³³⁴ anzi, la trasparenza del processo decisionale è un mezzo per rafforzare il carattere democratico e partecipato delle istituzioni ed è, unitamente al principio della imparzialità, accostato alla nozione di ragionevolezza che già con la legge 7 agosto 1990, n. 241 viene maggiormente specificato attraverso l'indicazione dei criteri non solo di imparzialità e trasparenza, ma anche di economicità ed efficacia che grazie al richiamo operato dall'articolo 1 possono essere utilizzati come parametri normativi non solo dell'agire della P.A., ma anche del relativo sindacato giurisdizionale.³³⁵

aperto ed inclusivo della partecipazione anche del cittadino, non più suddito o soggetto passivo, ma attivo.

³³² PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica amministrazione fra accessibilità totale e riservatezza*, in www.federalismi.it n. 8/2013 del 17.04.2013, 3.

³³³ GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto alla informazione amministrativa*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2014, 8-9, 875 ss.

³³⁴ FANTI, *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione*, op. cit., 10 - 11.

³³⁵ FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, Cap. V e Cap. VI.

Sull'importanza della trasparenza come lotta efficace alla corruzione si è espresso anche il Consiglio di Stato³³⁶ che ha redatto un importante parere proprio sullo schema del decreto legislativo riguardante “Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza”, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

Il Consiglio di Stato ritiene la trasparenza “un punto di confluenza dei principi giuridici, costituzionalmente posti, dell'azione amministrativa (dal buon andamento all'imparzialità, al rispetto del c.d. principio di legalità sostanziale, al metodo di partecipazione democratica), dal quale derivano istituti giuridici, di tipo trasversale, che possono essere considerati come volti a realizzare la trasparenza.”

Il massimo organo giurisdizionale ritiene, dunque, come evidenzia la dottrina,³³⁷ la trasparenza e l'imparzialità valori derivanti dal principio costituzionale di ragionevolezza e buon andamento della P.A. che trovano la loro sostanziale applicazione attraverso la loro armonizzazione che si realizza mediante il principio di proporzionalità in un'ottica di giustizia sostanziale, specchio di uno stato moderno.

Sempre nell'ottica della efficacia, ma anche della proporzionalità, la dottrina ritiene, comunque, che ogni amministrazione pubblica dovrebbe adottare un sistema di pubblicità differenziato e proporzionale alla dimensione organizzativa ed alla complessità delle competenze e funzioni esercitate.³³⁸

L'esigenza di sempre maggior trasparenza ha, infine, comportato, sulla base di quanto previsto dal richiamato articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, l'adozione di un ulteriore decreto di riordino della trasparenza, il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, entrato in vigore il 23 giugno 2016, recante “Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza” (c. d. Decreto Madia), che costituisce il primo degli undici decreti attuativi previsti, appunto, che ha apportato alcune significative modifiche al Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33 (Decreto Trasparenza).

³³⁶ Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli Atti normativi, del 18 febbraio 2016, Nr. 0051572016 dd. 24.02.2016, in http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0267_F002.pdf&leg=XVII#pagemode=none.

³³⁷ FANTI, *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione*, op. cit., 14.

³³⁸ PIPERATA, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in www.federalismi.it (2 settembre 2015).

In sostanza tale decreto, che sarà analizzato in seguito, fra le altre novità, all'articolo 14, prevede l'obbligo di indicare, sia in modo aggregato che analitico, negli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali e nei relativi contratti, gli obiettivi di trasparenza ed il mancato raggiungimento dei suddetti obiettivi determina, come conseguenza, la responsabilità dirigenziale. Anzi tale atto legislativo contempla all'articolo 46 specifiche ipotesi di responsabilità dirigenziale proprio in caso di violazione delle norme sulla trasparenza e soprattutto quelle attinenti all'accesso civico ed agli obblighi di pubblicazione, stabilendo, fra l'altro le seguenti conseguenze e cioè: a) il differimento e la limitazione dell'accesso civico sono idonei a dar luogo a responsabilità dirigenziale ed ad eventuale responsabilità per danno all'immagine della P.A, dove per la dottrina³³⁹ ed anche la giurisprudenza contabile,³⁴⁰ l'eventualità è collegata ad un novero di fattispecie ben precise e determinate, consistenti nei reati contro la Pubblica amministrazione ex artt. 314 – 335 cod. pen. o in altre fattispecie di rilievo penale espressamente previste., b) il potere di irrogare le relative sanzioni spetta all'ANAC e non più alla autorità amministrativa competente ai sensi di quanto previsto dalla legge sulle sanzioni amministrative pecuniaria, la legge 24 novembre 1981 nr. 689, c) costituisce ipotesi di responsabilità in capo al dirigente la mancata effettuazione della comunicazione relativa agli emolumenti a carico della finanza pubblica e la mancata pubblicazione dei dati.

Prima di analizzare almeno per sommi capi tale decreto, tuttavia, è importante esaminare l'apparato sanzionatorio introdotto dalla legge anticorruzione.

4. Le sanzioni previste dalla normativa anticorruzione: considerazioni generali

È opportuno segnalare fin da subito che la legge in esame prevede provvedimenti sanzionatori a più livelli e collegati a più responsabilità.

La legge del 6 novembre 2012, n. 190, infatti, non prevede direttamente sanzioni di tipo pecuniario a carico dei funzionari pubblici, ma in più punti definisce, come già sopra evidenziato, i vari tipi di responsabilità conseguenti alla mancata adozione di alcuni comportamenti da parte soprattutto dei dirigenti, fra i quali è scelto anche il responsabile

³³⁹ DIANA - URANIA GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *federalismi.it*, 2 marzo 2016, 14.

³⁴⁰ Corte dei Conti, Sezioni Riunite, Sentenza 19 marzo 2015, n. 8.

della prevenzione della corruzione, oltre ad introdurre nuove ipotesi di reati penali. Può essere definita, dunque, una legge di riforme amministrative e penali che rinvia, tuttavia, per la sua più compiuta attuazione e completamento a decreti attuativi successivi ai quali è demandato, infatti, l'introduzione del relativo apparato sanzionatorio.

Le sanzioni rinviate a successivi decreti legislativi dalla legge anticorruzione sono, ad esempio, le sanzioni per lo sfioramento dei termini dei procedimenti amministrativi da parte dei funzionari (illeciti e sanzioni per superamento dei termini procedurali previsti di cui articolo 1, comma 48 della legge in esame) e tutte le novità in tema di appalti pubblici, nonché, ai fini che interessano il presente studio, il riordino delle responsabilità e sanzioni in relazione alla trasparenza.

È bene precisare, fin da subito, comunque, che dalla lettura della relazione illustrativa del disegno di legge in esame, obiettivo di tale legge è la prevenzione e la repressione del fenomeno della corruzione attraverso un approccio multidisciplinare a più livelli, nel quale gli strumenti sanzionatori si configurano solamente come alcuni dei mezzi per la lotta alla corruzione e all'illegalità nell'azione amministrativa, ma non certo gli unici o i principali.

Le sanzioni non penali previste sono essenzialmente di tipo disciplinare o dirigenziale. Sanzioni peculiari di tipo disciplinare sono contemplate a carico del responsabile della prevenzione e della corruzione in caso di commissione di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato all'interno della sua amministrazione, oltre che per responsabilità dirigenziale e per danno all'immagine, sanzione disciplinare che si concretizza nella sospensione dal servizio che non può essere inferiore alla privazione della retribuzione da un minimo di un mese ad un massimo di 6 mesi.

In tema di responsabilità per danno all'erario, l'articolo 1, comma 62, quantifica il danno alla immagine presumendo che questo sia il doppio della somma illecitamente percepita dal funzionario.

In caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal piano, il responsabile risponde ai sensi dell'art. 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, cioè a titolo di responsabilità dirigenziale, nonché, per omesso controllo, sul piano disciplinare.

L'articolo 1, comma 44, della legge anticorruzione prevede, poi, che la violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione di quest'ultimi compiti è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla

violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti. Violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'art. 55-quater, comma 1, ovvero il licenziamento disciplinare.

Se questo è in generale il quadro sanzionatorio amministrativo o contabile amministrativo previsto, è opportuno sottolineare, comunque, come le novità della legge anticorruzione, incentrate nel rafforzamento degli strumenti di prevenzione prevalentemente amministrativa, sono accompagnate, altresì, anche da importanti novità in ambito della repressione e della prevenzione penale, rilevanti anche sotto il profilo sanzionatorio pecuniario, come si evince dal comma 75 e ss. dell'articolo 1, da leggersi unitamente anche agli articoli 2 e 4 della legge 27 maggio 2015 n. 69, legge di rafforzamento delle misure penali nei confronti dei delitti contro la pubblica amministrazione della legge. Mi riferisco in particolare agli obblighi o oneri di esborsi in denaro di cui all'articolo 2 ed all'introduzione all'articolo 4, dell'articolo 322 - *quater*, che vengono definiti dalla legge stessa "di riparazione pecuniaria". Si tratta del pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo appunto di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene per i reati di cui agli articoli 314, 317, 318, 319, 319 - ter, 319 - quater, 320 e 322 - bis, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319 - ter in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno.

Questo in sintesi quanto emerge dalla lettura e dalla analisi della legge anticorruzione. Ma il vero apparato sanzionatorio di supporto agli obblighi e responsabilità individuate dalla legge è contenuto, come già detto, in particolare nei decreti attuativi e per quanto riguarda gli obblighi di trasparenza ed accesso, nel decreto trasparenza che verrà in seguito, almeno per sommi capi esaminato.

5. Le responsabilità e le sanzioni nel decreto trasparenza per la violazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni: valutazioni generali

Il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, c.d. codice T.U. Trasparenza, appena riformato dal recente decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 ha introdotto anche per il nostro Paese, fra le varie novità, attraverso la previsione della nuova figura di accesso civico, quella dell'accesso civico generalizzato, il c.d. diritto alla trasparenza, ovvero il

diritto ad essere informati, quale espressione della mera libertà di informazione, diritto non sancito esplicitamente a livello Costituzionale, ma sicuramente diritto conseguente alle esigenze di una società che vuol dirsi democratica, così come ricorda l'articolo 1 dello stesso decreto oggetto di studio. A seguito di questo, sono state introdotte nuove e specifiche sanzioni amministrative pecuniarie irrogate direttamente dall'ANAC, che pare in specifico si differenzino rispetto alle sanzioni contemplate proprio a seguito dell'accertamento delle varie responsabilità derivanti dalla violazione delle disposizioni in materia di obblighi di pubblicazione e di accesso civico.

Cinque sostanzialmente sono le responsabilità previste per la mancata pubblicazione e cioè, oltre alla sanzione pecuniaria per casi specifici, quelle per danno all'immagine della pubblica amministrazione, quindi per danno erariale e le responsabilità dirigenziali e disciplinari.

Dall'analisi, tuttavia, emerge che si tratta per lo più di individuazione di forme di responsabilità, mentre non vengono sempre previste le correlate sanzioni da applicarsi, come avviene, invece, per i casi specifici sottocitati, tranne particolari forme sanzionatorie per isolati casi ben individuati, come il divieto di erogazione di somme a qualsiasi titolo alle amministrazioni pubbliche da parte della amministrazione interessata, in caso di omessa pubblicazione dei dati relativi agli enti pubblici vigilati o agli enti di cui all'articolo 22 del decreto in esame o la riduzione del cinquanta per cento delle risorse da trasferire o da assegnare nel corso dell'anno a favore delle regioni o province autonome per mancata pubblicazione dei rendiconti dei gruppi consiliari regionali e provinciali di cui all'articolo 28.

In ogni caso, sin dalla originaria formulazione del decreto trasparenza prima delle modifiche apportate dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, le sanzioni pecuniarie previste per la violazione degli obblighi di trasparenza, e in generale le conseguenze negative derivanti dalla mancata pubblicazione, sono state sostanzialmente raggruppate in due categorie: sanzioni valide per qualsiasi violazione di obblighi di pubblicazione e sanzioni previste per casi specifici di cui all'articolo 47. Solo queste sono state qualificate espressamente dal legislatore con le ultime riforme, come vedremo meglio in seguito, lasciando indeterminate e nel limbo qualificatorio le altre.

In generale, l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente o la mancata predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, che concorre e si sovrappone molto spesso, è importante sottolinearlo, alla responsabilità disciplinare, così come previsto espressamente dall'articolo 43 comma 5 e dall'articolo

45 commi 1 e 4, che definiscono espressamente il mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione, previsti dalla normativa vigente come illecito disciplinare, con conseguente attivazione del procedimento disciplinare presso l'ufficio di disciplina da parte dell'ANAC e questo sia nel caso di inadempimento a carico del responsabile della pubblicazione che del dirigente tenuto alla trasmissione delle informazioni. L'obiettivo trasparenza è richiamato come fonte di responsabilità dirigenziale in caso di mancato raggiungimento e valutato ai fini del conferimento di successivi incarichi, come ricorda l'articolo 1 – *quater* dell'articolo 14, anche nel caso di omessa pubblicazione di conferimento di incarichi dirigenziali originariamente previsti dall'articolo 15 del decreto in esame, ora sanzionati ai sensi dell'articolo 47 mediante sanzione amministrativa pecuniaria (responsabilità amministrativa), ma anche dall'articolo 46 che prevede che tali inadempimenti in ogni caso costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale e comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale, a meno che non si provi che tale inadempimento sia dipeso da causa a lui non imputabile, nonché a titolo di responsabilità disciplinare e eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione.

Una sanzione indiretta, a carattere generale, deriva dalla richiesta di accesso civico ai documenti e dati per i quali vige l'obbligo di pubblicazione. Infatti la richiesta di accesso civico comporta, oltre all'obbligo di provvedere, la segnalazione, da parte del Responsabile della trasparenza, in relazione alla gravità dell'inadempimento, all'ufficio di disciplina, ai fini dell'eventuale attivazione del procedimento disciplinare di cui all'articolo 43 comma 5.

Questa sovrapposizione di responsabilità e sanzioni per il medesimo fatto ha determinato come conseguenza un eccesso di punizione a carico del dirigente in particolare per un fatto che seppur di rilevanza sociale non pare di così allarme sociale da giustificare una reazione da parte dell'ordinamento giuridico di tale proporzione.³⁴¹

In caso di violazione degli obblighi di trasparenza per casi specifici di cui all'articolo 47, addirittura si avrebbe un cumulo di responsabilità e soprattutto di sanzioni di carattere pecuniario esorbitante per il medesimo fatto. A titolo di sanzione amministrativa pecuniaria a carico del responsabile della violazione che se dirigente incorre anche in responsabilità dirigenziale con valutazione ai fini della retribuzione di

³⁴¹ Non è questo avviso tuttavia una recente sentenza della Corte dei Conti, sez. giur. del Lazio, sentenza 2 febbraio 2015, n. 81 con la quale si condannava dirigenti per aver percepito in toto la indennità di risultato, ma anche il sindaco ed il superiore gerarchico per averla conferita.

risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance, responsabilità disciplinare ed eventuale anche causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione.

Questo cumulo di responsabilità e sanzioni anche dello stesso tipo può sollevare perplessità e valutazioni di ordine giuridico, certamente, ma non contribuiscono in alcun modo a chiarire ed individuare in modo certo la natura di una sanzione.

6. Le sanzioni ANAC previste dall'articolo 47 del decreto trasparenza ovvero le sanzioni pecuniarie per casi specifici

La lettura dell'intero decreto oggetto di studio nella versione originaria e dopo le modifiche del decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 prevede esplicitamente un'unica tipologia sanzionatoria espressa, quella delle sanzioni amministrative pecuniarie per casi specifici di cui all'articolo 47 che qui si analizza anche nella sua evoluzione storica.

L'oggetto del presente studio di questo articolo nasce, infatti, dai dubbi sollevati dalla originaria formulazione.

Tale articolo del decreto legislativo, attuativo della legge anticorruzione, aveva, infatti, sollevato non pochi dubbi in merito alla sua natura per l'assenza di chiara indicazione da parte del legislatore in riferimento alla autorità amministrativa competente alla sua irrogazione. La sanzione in esso prevista era ed è descritta in modo puntuale e definita dallo stesso legislatore come sanzione amministrativa pecuniaria per la cui applicazione si rinvia espressamente al comma 3 del medesimo articolo.

L'anomalia stava appunto non nella qualificazione o nell'importo che può e poteva ritenersi sufficientemente congruo, conferme alla natura e finalità di tale strumento sanzionatorio e rispettoso del principio di ragionevolezza e proporzionalità, ma nel non aver individuato espressamente tale autorità competente all'irrogazione della sanzione a carico del responsabile della violazione. Tale dubbio era stato sollevato anche da alcune amministrazioni comunali venete e lombarde in difficoltà nella applicazione di tale tipologia sanzionatoria.³⁴²

³⁴² In specifico Comune di Jesolo (Venezia) che con proprio quesito del 10 giugno 2013 si è rivolto per un chiarimento alla Autorità Nazionale Anticorruzione. Il Segretario comunale chiedeva, fra gli altri dubbi, in specifico che l'autorità deputata spiegasse chi fosse l'autorità competente alla irrogazione della sanzione, ai compiti in capo al responsabile per la prevenzione della corruzione in caso di violazione degli

L'Autorità Nazionale Anticorruzione rispondeva, in un primo momento, con proprio atto deliberativo n. 66 del 31 luglio 2013 definendo espressamente tali sanzioni come sanzioni amministrative pecuniarie lasciando a ciascuna amministrazione, in specifico, al Comune, il compito di disciplinare con proprio regolamento il procedimento sanzionatorio, ripartendo fra i propri uffici le competenze, secondo i principi base di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689 e rinviando a questo fine in modo particolare agli articoli 17 e 18 per quanto compete l'istruttoria e la decisione della sanzione. Nelle more dell'adozione del regolamento, gli enti nell'esercizio della loro autonomia, avrebbero dovuto indicare un soggetto cui competesse l'istruttoria ed un soggetto cui spettasse l'irrogazione delle sanzioni, dal momento che per i principi della legge 689 tali soggetti devono essere tenuti distinti. Se il Comune o comunque l'amministrazione non avesse previsto nulla, le funzioni sopraccitate sarebbero state di competenza rispettivamente del Responsabile della prevenzione della corruzione e dell'ufficio di disciplina.

Questo, però, poneva il problema della reale natura di questi provvedimenti sanzionatori dal momento che non appariva chiaro che tipo di sanzione fosse quella irrogata dalla stessa amministrazione nei confronti di un proprio funzionario inadempiente, dal momento che l'ufficio di disciplina ha compiti disciplinari nei confronti del personale legato all'amministrazione da un rapporto di servizio. Si era ipotizzata, quindi, in un primo momento, da parte di chi scrive, di una particolare forma di sanzione pecuniaria disciplinare e non amministrativa con un procedimento, però, anomalo, perché applicante appunto per espressa volontà del legislatore le regole della legge 24 novembre 1981, n. 689.³⁴³

obblighi in questione, all'applicazione del sistema sanzionatorio previsto dalla legge n. 689/1981, ma soprattutto in merito alla natura della sanzione stessa nel caso in cui l'inadempimento perdurasse nel tempo. Anche il Comune di Seregno (Monza) con propria nota del 18 giugno 2013 e la stessa Prefettura di Terni con propria nota del 19 giugno 2013 si accordavano a tali richieste.

³⁴³ Sul problema della autorità competente vedasi anche un breve *excursus* di CANAPARO P., *La trasparenza della pubblica amministrazione dopo la Riforma Madia*, Dike, Roma, 2016, 238 e ss., secondo il quale fra l'altro "le sanzioni amministrative ex art. 47 avrebbero dovuto ritenersi attinenti ad una disciplina sostanziale riconducibile alla determinazione dei livelli essenziali, e, pertanto, ad un titolo di competenza esclusivamente statale". Infatti „la competenza ad irrogare sanzioni amministrative non è in grado di “configurarsi in via autonoma come materia in sé”, bensì accede alle “materie sostanziali che disciplinano gli atti ed i comportamenti sanzionabili“, rinviando per questa posizione alle sentenze della Corte Costituzionale n. 12 del 2004, n. 384 del 2005 e n. 240 del 2007. Se per i livelli essenziali la competenza legislativa è dello Stato ne derivava che non potesse spettare agli enti territoriali la

Nel frattempo interveniva nuovamente l'Autorità nazionale anticorruzione con la deliberazione 21 gennaio 2015, n. 10, "*Individuazione dell'autorità amministrativa competente all'irrogazione delle sanzioni relative alla violazione di specifici obblighi di trasparenza*".³⁴⁴ L'intervento con un proprio atto chiarificatore è dovuto all'entrata in vigore del decreto legge del 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge l'11 agosto 2014, n. 114, con il quale sono stati rafforzati il ruolo ed i poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione in particolare attribuendo più poteri al Presidente dell'ANAC cui sono stati affidati ora compiti di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure amministrative, in linea anche con le indicazioni delle organizzazioni internazionali. Ai sensi dell'articolo 19, comma 5, del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 del resto all'ANAC è attribuito il potere di irrogare direttamente sanzioni pecuniarie in caso di mancata adozione, ad esempio, dei programmi triennali per la trasparenza e al Presidente dell'ANAC, ai sensi dell'articolo 19, comma 7, del medesimo decreto, il potere di segnalare all'autorità amministrativa competente di cui all'articolo 47, comma 3, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 le violazioni in materia di comunicazione delle informazioni e dei dati e di pubblicazione previsti nel citato articolo 47 ai fini sanzionatori.

Con tale deliberazione l'ANAC chiariva che tali sanzioni amministrative sono sanzioni previste dal legislatore per la prevenzione del fenomeno di corruzione e volte, dunque, a rendere effettivo il principio di trasparenza. Essendo normativa di ordine pubblico di tale importanza, la sua applicazione, ma soprattutto il procedimento per il suo accertamento ed irrogazione, non si sarebbe dovuto lasciare alla discrezionalità di ciascun ente che definisce autorità e procedimenti, così come indicato dalla deliberazione n. 66 sopraccitata, ma la sua applicazione avrebbe dovuto essere di competenza statale non delegabile a nessun Ente neppure regionale, dal momento che doveva e deve essere garantita l'applicazione di tale disciplina su tutto il territorio nazionale. Secondo tale deliberazione il potere di avviare il procedimento avrebbe dovuto spettare al Presidente dell'ANAC (Autorità nazionale anticorruzione), mentre il potere di irrogare tali sanzioni sarebbe spettato al prefetto del luogo in cui si verificano le violazioni, solo, però, in caso di ordinanza ingiunzione in analogia a quanto previsto dall'articolo 1, comma 735 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (finanziaria 2007) che prevede una sanzione pecuniaria nei confronti dei soggetti responsabili della omessa

determinazione regolamentare in materia, e quindi l'unica autorità possibile a chiusura del sistema sanzionatorio fosse il Prefetto.

³⁴⁴ Gazzetta Ufficiale, n. 29 del 5 febbraio 2015.

pubblicazione dei dati concernenti gli incarichi di amministratori delle società degli enti locali conferiti da soci pubblici, mentre per tutto il procedimento dall'accertamento, alle contestazioni ed alle notificazioni la competenza sarebbe spettata all'ANAC che, quindi, sarebbe stata quell'autorità amministrativa competente indicata dal comma 3 dell'articolo 47. Quest'ultima interpretazione, dunque, farebbe propendere per qualificare tale tipologia sanzionatoria fra quelle applicate direttamente al funzionario pubblico o meglio al responsabile del procedimento, di cui esposto meglio sopra.

Il 15 luglio 2015, con entrata in vigore il 1 agosto 2015, l'Autorità nazionale anticorruzione ha adottato il regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 ed alla III parte ha disciplinato la procedura di applicazione delle sanzioni in esame, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, per la violazione degli obblighi di pubblicazione e di comunicazione, sostanzialmente ribadendo nel dettaglio quanto già disciplinato ed anticipato con la propria deliberazione n. 10 del 21 gennaio 2015 lasciando, quindi, a tale atto deliberativo l'individuazione della autorità competente che si identificherebbe, dunque, sempre nell'Ufficio A.N.A.C., mentre il soggetto responsabile della violazione è ora il soggetto individuato nel programma triennale trasparenza ed integrità oppure in altro atto organizzativo interno dell'amministrazione interessata.

Tali atti deliberativi, così come il successivo regolamento, tuttavia, non erano normativa dello Stato e per il principio di legalità, sia il procedimento che l'irrogazione della sanzione, così come l'individuazione della autorità competente ad irrogare la sanzione, non avrebbero potuto essere lasciati a semplici atti amministrativi adottati da autorità amministrative indipendenti, seppur qualificate, che non hanno alcun potere legislativo.

Nel frattempo è intervenuto il legislatore che con il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 ha chiarito in via definitiva l'autorità amministrativa competente, individuandola esplicitamente nella Autorità nazionale anticorruzione che ora ha dovuto, con proprio regolamento, nel rispetto delle norme previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 procedere a disciplinare l'iter per l'irrogazione delle sanzioni che quindi possono essere ora senza dubbio qualificate di natura amministrativa pecuniaria.

Il regolamento ANAC è stato adottato il 16 novembre 2016 ed ha contribuito fra l'altro a chiarire un dubbio rimasto in sospeso dopo la nuova formulazione operata dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97.

Merita un breve accenno il fatto che con la riforma appena citata, la sanzione amministrativa pecuniaria è estesa anche al dirigente che non effettua la comunicazione *“ai sensi dell'articolo 14, comma 1 – ter”* relativa agli emolumenti complessivi

percepiti a carico della finanza pubblica e nei confronti del responsabile della mancata pubblicazione dei dati di cui all'articolo 4 – bis, comma 2 relativa alla trasparenza nell'utilizzo delle risorse pubbliche, ma nulla è detto, invece, dal legislatore in merito alla autorità amministrativa competente per la violazione degli obblighi di pubblicazione di cui all'articolo 22, comma 2, concernente gli obblighi di pubblicazione dei dati relativi agli enti pubblici vigilati ed agli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché alle partecipazioni in società di diritto privato, anche se tale dimenticanza era apparsa subito più una svista del legislatore che la volontà di disciplinare diversamente tale tipo di sanzione pecuniaria.

Tale regolamento richiama espressamente tale comma e di fatto opera un continuo rinvio alle disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689. Su tale tipologia di sanzione, dunque, ha chiarito ogni dubbio il legislatore.

7. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza. Non hanno natura di sanzioni amministrative pecuniarie

Non così chiara ancora, invece, rimane la natura di un'altra tipologia sanzionatoria pecuniaria richiamata dal decreto legislativo 14 marzo 2013, quella dell'articolo 15, che nel corso della ricerca ha subito modifiche ad opera del decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, ma non espliciti chiarimenti in ordine né alla sua qualificazione né appunto alla sua natura.

Prima di addentrarsi nella disamina del presente articolo anche alla luce delle tesi precedentemente sostenute³⁴⁵ nello svolgimento della ricerca che hanno avuto la funzione di esaminare le varie tipologie sanzionatorie e dal punto di vista definitorio anche alla luce della normativa europea e dal punto di vista della casistica operata dal legislatore anche storico, è importante ribadire un concetto essenziale attinente alla *ratio* di tale decreto che non è quella di salvaguardare l'equilibrio finanziario della pubblica amministrazione, ma quello di rendere trasparente l'agire della pubblica amministrazione attraverso una puntuale disciplina degli obblighi di pubblicità e diffusione di informazioni da parte degli apparati amministrativi pubblici, in vista, però, non solo dell'obiettivo principale della prevenzione della corruzione, ma anche con

³⁴⁵ Capitolo I: aspetti teorici e definitivi e Capitolo II: le varie tipologie sanzionatorie pecuniarie alla normativa anticorruzione.

l'obiettivo di potenziare la qualità dei servizi, di migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione ed anche come mezzo per rafforzare il carattere democratico e partecipato del cittadino, che ha ora finalmente un ruolo veramente attivo, da reale protagonista, con poteri di effettivo controllo sull'operato della pubblica amministrazione.

Quindi sotto questo aspetto è opportuno evidenziare che sono più le *ratio* del principio di pubblicità, non solo, dunque, la *ratio* di repressione ai fini anticorruptivi, ma anche, a parere di chi scrive, quella volta a tutela di interessi amministrativi e alla prevenzione. Lo strumento per raggiungere tali obiettivi, come è noto, è quello amministrativo, da sempre concretizzatosi nella sanzione amministrativa. La repressione, infatti, è lasciata a pene penali opportunamente associate a delitti, meglio descritti nella legge anticorruzione, come già anticipato precedentemente nella sede opportuna.

In quella sede del resto, è già stato introdotto uno strumento pecuniario nuovo, come già anticipato, definito di "riparazione pecuniaria" con finalità, dunque, esclusivamente repressive, associato come rimedio accessorio, comunque, a reati ben definiti.

Premesso questo, si ribadisce quanto già sottolineato in più punti del presente studio e cioè che per giungere alla corretta individuazione della natura di una sanzione è necessario aderire al criterio nominalistico o formale seguito dalla tradizione giuridica italiana, nella convinzione che in ogni caso non si può prescindere dalla volontà del legislatore, anche nel rispetto del principio della certezza del diritto.

Osservato questo, è importante, nell'esame dell'articolo in oggetto, partire dall'originaria formulazione, che prevedeva, al termine di un procedimento disciplinare, in caso di omessa pubblicazione di alcuni dati elencati dai commi 1 e 2, il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta a titolo di corrispettivo a carico del dirigente che ha disposto l'incarico dirigenziale o l'incarico di collaborazione o consulenza a soggetti estranei alla pubblica amministrazione, fatto salvo il risarcimento del danno del destinatario, ove ricorrano le condizioni (e cioè in caso di danno ingiusto per illegittimo esercizio dell'attività amministrativa – lesione di diritti soggettivi e di interessi legittimi).

La nuova formulazione di tale articolo ha scisso le due tipologie di incarichi, prevedendo espressamente la sanzione pecuniaria amministrativa di cui all'articolo 47, comma 1 unicamente per il caso di omessa pubblicazione di incarichi dirigenziali di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, lasciando, dunque, intendere

che altra è la tipologia sanzionatoria pecuniaria per la omessa pubblicazione degli incarichi di collaborazione o consulenza.

A questa conclusione del resto era giunta già chi scrive prima dell'intervento del legislatore in base a tutta una serie di considerazioni. Prima di tutto il legislatore non la qualificava espressamente come tale, mentre era molto esplicito, appunto, per tutte le altre ipotesi richiamate dal successivo articolo 47 per le quali fin da subito rinviava alla disciplina delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689. Il richiamo a tale disciplina è fondamentale per la qualificazione e per il procedimento che prevede che l'ordinanza ingiunzione che ne segue in caso di omesso pagamento costituisca titolo esecutivo che permette di procedere immediatamente all'incasso dell'importo da erogare, senza la necessità di instaurare un ulteriore giudizio. Il mancato richiamo a tale disciplina era stato interpretato da chi scrive appunto come indice della volontà del legislatore di qualificare tale sanzione in altro modo.

Infatti, in omaggio ai principi di legalità, tassatività e di determinatezza della sanzione amministrativa, che come ricordato da un altro autore,³⁴⁶ mutuati dal sistema penale sono applicabili senza alcun dubbio anche alle sanzioni amministrative soprattutto pecuniarie, in mancanza di esplicita dichiarazione del legislatore in tal senso, il soggetto responsabile non potrà essere sottoposto alle sanzioni pecuniarie amministrative, ma solo a quelle stabilite per le altre forme di responsabilità disciplinare o dirigenziale o amministrativa.

Altra considerazione non meno importante è che si tratta di sanzione di importo fisso potenzialmente anche molto elevato, soprattutto quando nella originaria formulazione si trattava anche di conferimento di incarichi dirigenziali, non graduabile da un minimo ad un massimo per un comportamento omissivo, quale quello della mancata pubblicazione di alcuni dati, che seppur di sempre più rilevanza sociale, in quanto in violazione del principio di trasparenza ai fini della prevenzione anticorruzione, non giustificherebbe di essere sanzionato in maniera così abnorme, come già osservato.

La dottrina, infatti, è del parere, come già evidenziato precedentemente, che la sanzione fissa, tipologia già di per se stessa problematica nella sua applicazione, in quanto non terrebbe nel dovuto conto di tutta una serie di altri fattori ed in specifico degli aspetti soggettivi dell'illecito sanzionato, sarebbe giustificata solo se di modesta entità.

³⁴⁶ CELONE, *La responsabilità e le sanzioni per la violazione degli obblighi di pubblicazione e delle situazioni di inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi*, in *Nuove autonomie*, 3, 2014 607.

Dall'esame, infine, delle varie sanzioni amministrative pecuniarie note direttamente applicabili ai funzionari pubblici che si sono susseguite a partire dagli anni duemila è emerso che in tutti i casi il legislatore ha qualificato espressamente le stesse in quanto tali anche con l'esplicito rinvio alla legge 24 novembre 1981, n. 689, individuando anche l'autorità competente che fino ad ora è sempre stato solo un soggetto esterno alla stessa pubblica amministrazione.

8. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, così come nuovamente formulato dopo le modifiche del decreto legislativo 2016, n. 97: obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza. Sanzione penale?

Come sopra già anticipato, nelle more della redazione del presente studio è intervenuto il legislatore che ha provveduto a riformulare l'articolo in esame la cui sanzione ora è prevista solo nel caso di conferimento di incarichi di collaborazione o di consulenza a soggetti esterni a qualsiasi titolo per i quali è previsto un compenso.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 28 dicembre 2016 ha approvato in via definitiva con proprio atto deliberativo³⁴⁷ le prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni, contenute nel decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, così come di recente modificato. In tali linee tratta in specifico degli obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza³⁴⁸ e ci tiene a sottolineare che si tratta di incarichi e consulenze non riconducibili al "contratto di appalto di servizi" per il quale si applica una diversa disciplina di obblighi di pubblicazione ai sensi dell'articolo 37 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli appalti di servizi sono ora quelli definiti per esclusione dall'articolo 3, lettera ss) del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Tale documento conferma la eterogeneità di tale tipologia contrattuale, ma in ogni caso include, a titolo di esempio, le fattispecie di incarichi di conferimento ai commissari

³⁴⁷ Delibera ANAC 28 dicembre 2016, n. 1310 "Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni, contenute nel decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal d.lgs. 97/2016, paragrafo 5.1.

³⁴⁸ Un esempio di incarico di collaboratore esterno di pubblica amministrazione è quello indicato dall'articolo 7 della legge 7 giugno 2000, n. 150, concernente il portavoce dell'organo di vertice dell'amministrazione pubblica per le attività di informazione e comunicazione.

esterni membri di commissioni concorsuali, quelli di componenti del Collegio sindacale e quelli di componenti del Collegio dei revisori dei conti.

Il conferimento di tali incarichi può comportare anche esborsi notevoli di corrispettivi. È proprio questo elemento che, come già evidenziato nella premessa al presente studio, ha sollevato il dubbio sulla reale natura di tale tipologia sanzionatoria soprattutto dopo gli interventi operati dalle Corti europee che sono intervenute nella definizione di accusa penale e quindi di sanzione penale.

Per individuarne la corretta natura di tale sanzione è necessario, dunque, esaminare nel dettaglio la norma anche alla luce della parte sopraesposta delle presente ricerca, partendo in primo luogo dalla possibilità che questa sanzione abbia natura penale secondo i noti criteri della sentenza “Engel”, ma anche nel rispetto di quanto affermato dalle successive sentenze della CEDU, della Corte di Giustizia, delle sentenze della Corte di Cassazione e della presa di posizione della Corte Costituzionale.

È opportuno premettere che per ricorrere ai principi europei contenuti nelle sentenze delle Corti di Giustizia cui l’applicazione della Carta si riferisce, come già specificato nella sentenza *Aklagaren c. Fransson*, è necessario che la normativa dello stato membro oggetto di interpretazione rientri nel campo e nei settori disciplinati dal diritto europeo o cui il diritto europeo mira a dare attuazione.

Nel nostro caso la normativa in esame rientra nelle direttive europee anticorruzione e quindi in piena attuazione degli obblighi europei e perciò *nulla questio* nell’avvalerci dei loro criteri ermeneutici per la corretta individuazione della natura delle norme in esame.

La Corte di Giustizia ha ripetutamente affermato, infatti, che nell’esercizio del potere sanzionatorio gli Stati membri devono rispettare i principi generali del diritto dell’Unione europea, la cui portata deve essere necessariamente interpretata dalla Corte di giustizia e sarebbe difficile ritenere che attualmente tali principi non includano i diritti fondamentali contenuti nella Carta, quali, ad esempio, ad essere sottoposti ad una giusta e proporzionata sanzione.³⁴⁹

Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia, come evidenziato nella esposizione generale,³⁵⁰ ha accolto un’ampia definizione del concetto di “sanzione”, in linea con la citata dottrina Engel della CEDU.³⁵¹

³⁴⁹ Conclusioni dell’avvocato generale Pedro Cruz Villalón nella causa C -617/10 *Aklagaren c. Fransson*, presentate il 12 giugno 2012, paragrafo 51.

³⁵⁰ Vedasi al riguardo Capitolo I del presente lavoro.

Alla luce di ciò, dunque, è possibile un tentativo di lettura della norma anche dopo le recenti modifiche secondo i tre criteri elencati nella sentenza Engel.

Il primo criterio, quello del *nomen iuris* è quello da cui partire. Nel testo dell'articolo manca una specifica qualificazione data dal legislatore che fornisce una indicazione generica, rinviando semplicemente al termine sanzione.

Tale criterio, tuttavia, come è ormai noto ed evidenziato in più sentenze della Corte europea è quello meno qualificante la tipologia di sanzione ed il meno idoneo per la corretta identificazione della fattispecie.

Il secondo criterio è quello della natura della misura o dell'illecito: secondo la giurisprudenza CEDU la natura penale è data dalla portata generale ed astratta del precetto che è indirizzato alla collettività dei consociati secondo il modello classico generalpreventivo che ha il fine di tutelare gli interessi generali della collettività, a tutela di interessi generali e non particolari di una determinata categoria o formazione sociale e dunque non è rivolto ad un gruppo particolare di soggetti in possesso di uno *status* specifico. La natura della sanzione è data, infine, dalla finalità di dissuasione e repressione e non è volta alla riparazione del danno eventualmente causato. La norma in esame ha come destinatario il dirigente pubblico che appartiene alla ristretta categoria dei pubblici dipendenti. Questa considerazione, però, a giudizio di chi scrive, non dovrebbe rappresentare alcun problema per la eventuale qualificazione come penale della fattispecie in esame dal momento che, come noto, il diritto penale italiano conosce e disciplina già reati per soggetti particolarmente qualificati che ricoprono uno *status* particolare, i c.d. reati propri ed in specifico i reati contro la pubblica amministrazione, per l'appunto, che prevedono che il soggetto destinatario della norma penale abbia un rapporto particolare con la pubblica amministrazione. Seguendo questo ragionamento, quindi il criterio generalpreventivo sarebbe rispettato in quanto sarebbe inteso come riferito a tutti coloro che rivestono la particolare qualifica di funzionario pubblico, così come anche la finalità dissuasiva e repressiva. Del resto la norma in questione è inserita in un quadro legislativo di ampia portata penale, la legge per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e quindi potrebbe essere stata pensata in un'ottica penalistica, anche se si potrebbe obiettare che se il legislatore avesse avuto l'intenzione di qualificare questa norma come penale avrebbe provveduto ad inserirla quantomeno fra le modifiche al codice penale, previste

³⁵¹ Avvocato generale Kokott del 3 luglio 2007, ETI e a. (sentenza dell'11 dicembre 2007, C- 280/06) e nelle sue conclusioni del 15 dicembre 2011, Bonda (sentenza del 5 giugno 2012, C – 489/10), Thyssenkrupp Nirosta/Commissione (sentenza del 29 marzo 2011, C-352/09).

dall'articolo 1 comma 75 e ss., contemplando una nuova tipologia di reato oppure inserendolo fra quelli già esistenti. Ma questa osservazione, come già ampiamente illustrato precedente è irrilevante dal punto di vista della normativa europea, dal momento che per la corretta individuazione della natura di una norma o sanzione il primo criterio è quello meno considerato.

Il terzo criterio Engel è quello che è subito apparso interessante ai fini della presente ricerca. Si riferisce alla gravità o severità della sanzione. È il criterio, come si è visto più in dettaglio nella parte generale sul quale si è concentrata l'attenzione della maggior parte della giurisprudenza europea, ma anche nazionale italiana, soprattutto recente. Come anticipato nella trattazione generale di tale lavoro, la severità si concretizza in specifico in un ammontare estremamente elevato di sanzione pecuniaria, anche potenziale, tale da risultare sproporzionato rispetto all'illecito perpetrato. Nel caso dell'articolo in esame la sanzione è pari alla somma corrisposta per l'incarico conferito che in caso di consulenza, ad esempio, potrebbe essere anche notevole, vista la particolare prestazione. La gravità e la sproporzionalità della sanzione rispetto alla semplice omissione di pubblicazione è palese, tale da poter indurre a pensare di essere alla presenza di una sanzione "che odora di sanzione penale per la sua estrema afflittività ed esemplarità" e che richiederebbe quantomeno, dunque, l'attivazione di tutte quelle garanzie e tutele che il diritto europeo esige in presenza di una fattispecie penale previste dai già ricordati articoli 6 (diritto ad un equo processo) e articolo 7 (nulla pena sine lege) della Convenzione.

Come già sopra evidenziato, infatti, per la qualificazione di "accusa penale" e di "sanzione penale" secondo il metodo sostanziale indicato dalle Corti europee ed anche seguito da alcuni tribunali nazionali è sufficiente che sia presente anche uno solo di questi criteri che dalle stesse pronunce CEDU sono definiti alternativi e per lo più alternativi.

Tale criterio della gravità è stato utilizzato anche dalla giurisprudenza interna,³⁵² soprattutto in caso del doppio binario, tanto caro al nostro legislatore nazionale, ma tanto invisibile dalle Corti europee, per suggerire al legislatore appunto la previsione di un illecito amministrativo che sia parallela alla previsione di un altro illecito a carattere penale, ma la cui sanzione non valichi il limite della "soglia di tollerabilità" di quel

³⁵² Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo del massimario, Settore Penale, Rel. N. 35/2014, come richiamata da VALENTINI, *Il rapporto tra Diritto penale e Diritto amministrativo in punto di sanzioni. "Ne bis in idem" ed "equo processo" alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *federalismi. it.*, 17 giugno 2015, 29.

livello di afflittività, il cui superamento comporterebbe per la Corte europea la sostanziale violazione del principio del *ne bis in idem*, perché per essa le sanzioni particolarmente afflittive hanno carattere penale.

È bene osservare, tuttavia, che non tutta la dottrina³⁵³ anche recentemente ha ritenuto legittimo tale criterio sostanziale in quanto viene evidenziato come non si può riconoscere al giudice la possibilità di qualificare come penali, fatti e sanzioni, che, invece, il legislatore nazionale qualifica di natura amministrativa e ritiene, dunque, legittima un'interpretazione basata sul rilievo del carattere formale del precetto costituzionale di cui all'articolo 25, comma 2 della Costituzione, che enuncia il principio della riserva di legge, e, quindi, il principio di legalità formale.

Chi scrive aderisce a questa linea sostenuta da questa parte della dottrina per i motivi già indicati precedentemente con la sottolineatura che tale sanzione ha più finalità preventiva che repressiva ed a tutela anche di interessi particolari amministrativi, quali quelli della efficienza ed efficacia della attività amministrativa.

Infine è bene anche evidenziare che il peso afflittivo – sanzionatorio della reazione penale nell'attuale ordinamento italiano è molte volte minore della maggior incidenza realmente punitiva e secondo un autore³⁵⁴ addirittura “esistenziale” di altre tipologie di sanzioni, per cui non è pensabile ritenere penale una sanzione unicamente sulla base del suo elevato importo. Del resto è risaputo che gli strumenti alternativi a quelli penali oggi in Italia previsti, inculcano maggiori timori e contribuiscono a frenare, almeno in parte, la dilagante illegalità, soprattutto, nella pubblica amministrazione, perché ritenuti realmente afflittivi, addirittura più afflittivi della stessa pena penale classica.

Si pensi al fatto che alcune punizioni economiche, soprattutto in tempi come questi di crisi, vengono percepite più incisivamente e sono meno preferibili alle punizioni storiche, quali quelle addirittura della stessa privazione della libertà personale ed il noto “stigma sociale” infamante un tempo, non è più ritenuto tale.

Infine, proprio in riferimento alle convinzioni dei tribunali europei è bene rinviare all'unico caso esaminato dalla giurisprudenza di potenziale definizione di accusa penale

³⁵³ GAETA, *Gerarchia e antinomie di interpretazioni conformi alla natura penale: il caso del bis in idem*, in Cass. Pen. 2014, come richiamata da VALENTINI, *Il rapporto tra Diritto penale e Diritto amministrativo in punto di sanzioni. “Ne bis in idem” ed “equo processo” alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., 25.

³⁵⁴ TENORE, *Considerazioni sui possibili (ma non operanti) riflessi della sentenza CEDU 4 marzo 2014 “Gabetti-Grande Stevens” sulla cumulabilità della sanzione disciplinare con quella penale*, in lexitalia.it.

nel pubblico impiego, già sopra accennata nell'esposizione riguardante le sanzioni disciplinari.

Si trattava di un pensionamento obbligatorio di un funzionario statale per una condanna per corruzione.

Come ricorda un autore,³⁵⁵ la Corte EDU in questo specifico caso ha escluso persino per la più grave sanzione disciplinare ovvero quella espulsiva, la natura penale nei termini di cui all'articolo 6 CEDU, nella misura in cui le autorità interne avevano fatto in modo che la decisione rimanesse in una sfera puramente amministrativa e in un altro precedente la Corte ha escluso l'aspetto penale un contenzioso relativo alla comminatoria del congedo obbligatorio di un ufficiale dell'esercito conseguente ad una violazione della disciplina militare in quanto rivolte ad un gruppo sociale determinato.³⁵⁶

Per tutto quanto sopraesposto, quindi, chi scrive è giunta alla conclusione che la norma in questione non rientri nella tipologia sanzionatoria di tipo penale.

9. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, così come nuovamente formulato dopo le modifiche del decreto legislativo 2016, n. 97: obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza.

Sanzione amministrativa tipizzata ovvero sanzione della Corte dei Conti?

Infine ci si è chiesti se la sanzione in esame potesse rientrare nella sanzione amministrativa tipizzata di competenza della Corte dei conti, secondo le caratteristiche sopra evidenziate.

Come è stato accennato precedentemente in ordine a questa possibilità si è divisa la dottrina, ma anche la giurisprudenza.

Vari elementi, a parere di chi scrive, sembrerebbero escludere tale qualificazione. Primo fra tutti il fatto che le ipotesi tipizzate sono caratterizzate esplicitamente dall'espressione "responsabilità erariale" (infatti nelle precedenti versioni dell'articolo che come ricordato precedentemente sostituirebbe l'articolo 1, comma 127 della legge 23 dicembre 1996, n. 662 e ss.mm., era menzionata espressamente la dicitura della

³⁵⁵ TENORE, *Considerazioni sui possibili (ma non operanti) riflessi della sentenza CEDU 4 marzo 2014 "Gabetti-Grande Stevens" sulla cumulabilità della sanzione disciplinare con quella penale*, in *lexitalia.it*.

³⁵⁶ Per la giurisprudenza europea al riguardo, vedasi nota 26 richiamata da TENORE, *Considerazioni sui possibili (ma non operanti) riflessi della sentenza CEDU 4 marzo 2014*, *op. cit.*

responsabilità erariale che in questa nuova versione dell'articolo, invece, è stata eliminata), anzi in tale fattispecie si rinvia espressamente al procedimento disciplinare, il che farebbe addirittura pensare di essere in presenza di una fattispecie di responsabilità disciplinare, anziché amministrativa contabile, come ricorda anche la magistratura contabile,³⁵⁷ ma anche una parte della dottrina.³⁵⁸ Normalmente tali tipi di sanzioni erariali sono previste in leggi finanziarie, perché la *ratio* è quella di preservare l'equilibrio di bilancio e non la trasparenza della pubblica amministrazione a fini di prevenzione della corruzione. Nel caso di fattispecie tipizzate, come ricordato, la descrizione dell'illecito è puntuale e non generico e la tipizzazione sta proprio nel dettaglio della previsione e descrizione, oppure nella menzione esplicita del particolare tipo di responsabilità come avviene nella stessa legge anticorruzione all'articolo 1, comma 12. Anche in altre leggi recenti che esulano dai decreti attuativi e dalla legge anticorruzione come l'articolo 1, comma 4 del decreto legge 8 aprile 2013, n. 35 è detto chiaramente che si tratta di sanzione pecuniaria espressamente irrogata dalla Corte dei conti, con questo rimandando addirittura alla autorità giurisdizionale competente.

L'articolo 15, comma 3, in commento, invece, ha una formulazione generica. Qualora, tuttavia, tale fattispecie si volesse far rientrare nella sanzione conseguente ad una ipotesi di illecito per danno erariale, dal momento che viene menzionato il procedimento disciplinare che potrebbe far pensare anche alla co-presenza di un illecito disciplinare (anche se poi non sarebbe chiaro il tipo di sanzione conseguente se sempre di tipo pecuniario o altro, la cui definizione e previsione, però, potrebbe essere demandata alla contrattazione collettiva, dal momento che per il principio di tassatività e legalità ogni sanzione deve rientrare in una previsione esplicita e per le sanzioni conservative pecuniarie la sede tradizionale è quella dei CCNL), si verserebbe non nella fattispecie erariale tipizzata (come già detto la fattispecie tipizzata nel senso letterale e più stretto del termine significa appunto individuata direttamente e puntualmente dal legislatore mediante le espressioni appunto “determina responsabilità erariale” o espressioni analoghe), ma nella forma di responsabilità amministrativa di tipo generico per danno

³⁵⁷ Sul punto vedasi il commento alla sentenza della Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Calabria, sentenza 10 luglio 2014, n. 192, di GIANOTTI, *Le conseguenze in caso di mancata pubblicazione degli incarichi*, in *La finanza locale*, 2014, 30, 31.

³⁵⁸ Su questo punto CELONE, come commentato a pagina 129 ed in nota 305 del presente lavoro, ma anche il commento fatto al decreto legislativo 33/2013 da CAVINO, per CELVA, Consorzio degli Enti locali della Valle d'Aosta, in www.celva.it/download.asp?file=/elementi/www2012/2013/consulenza/iuris/.21 consultato il 22.02.2017 che ritiene la sanzione in esame di tipo disciplinare da affiancarsi alla responsabilità per danno erariale.

erariale, che, però, sussiste unicamente dopo l'accertamento di un danno o quanto meno un pericolo concreto di danno che, quindi, andrebbe verificato di volta in volta e non dato per scontato, come appare nella descrizione della fattispecie oggetto del presente studio.³⁵⁹ Una parte della giurisprudenza contabile,³⁶⁰ del resto ha proprio escluso la configurazione della responsabilità sanzionatoria contabile nella fattispecie in esame, dal momento che manca la prova del danno, “non potendosi presumere che esso sia pari all'importo della consulenza, data anche la notevole sproporzione che potrebbe prospettarsi fra l'omissione di un adempimento formale, quale la pubblicazione sul sito istituzionale ed il danno del quale i soggetti sarebbero chiamati a rispondere, pari all'importo della consulenza legittimamente affidata e della quale l'ente ha tratto vantaggio”. Nella fattispecie in esame, infatti, la sanzione verrebbe irrogata in maniera automatica e a prescindere dall'esistenza o meno di un danno, seppur presunto.

10. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, così come nuovamente formulato dopo le modifiche del decreto legislativo 2016, n. 97: obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza. Sanzione disciplinare? Perplessità al riguardo

A questo punto della ricerca procedendo per esclusione ci si è chiesti se tale fattispecie sanzionatoria potesse rientrare nella tipologia della sanzione disciplinare a carico del dirigente pubblico.

Apparentemente a propendere per la seguente ipotesi sta l'uso da parte del legislatore dell'espressione nel testo della norma “all'esito del procedimento disciplinare”. Dopo la riforma del 2009, come ampiamente descritto precedentemente,³⁶¹ sono state introdotte sanzioni conservative a carico del dirigente, anche di tipo pecuniario, anche se con i limiti in merito agli importi di cui sopra. La sanzione disciplinare nel pubblico impiego, come già approfonditamente osservato nel corso della presente ricerca, ha subito più

³⁵⁹ Il danno sarebbe la conseguenza della inefficacia del contratto o dell'incarico, in quanto la condizione dell'efficacia è data dalla pubblicazione degli estremi degli atti di conferimento di tali incarichi di collaborazione o di consulenza a soggetti esterni ai sensi dell'articolo 15, comma 2. Ma la dottrina ricorda che il contratto inefficace è pur sempre un contratto esistente e valido. Sul punto per approfondire GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, 960 e ss.

³⁶⁰ Corte dei Conti, sezione giurisdizionale della Campania, sentenza 16 luglio 2013, n. 958, come commentata da GIANOTTI, *op. cit.*

³⁶¹ Capitolo II paragrafo 5, pagina 99.

evoluzioni trasmigrando la natura da sanzione sostanzialmente penale, seppur a carattere peculiare, a sanzione di natura amministrativa per approdare, infine, a riconoscere in essa una natura di tipo contrattuale - civilistico, pur con caratteristiche tutte speciali e tale natura permane anche con l'entrata in vigore della normativa anticorruzione. La funzione di tale tipo di sanzione è quella di ripristinare il corretto funzionamento dell'attività lavorativa lesa dal comportamento inadempiente del lavoratore e non dovrebbe avere, quindi, finalità primariamente afflittiva e punitiva, come sembrerebbe, invece, esaminando l'articolo di legge oggetto di studio. In quanto sanzione pubblica di matrice contrattuale, seppur determinata unilateralmente, è tenuta al rispetto di alcuni principi che sono peculiari alla disciplina pubblica e che in ogni caso devono essere osservati. Fra gli altri il principio di gradualità della sanzione e soprattutto la proporzionalità della sanzione ai fatti commessi. Tali principi sono richiamati in tutti i contratti collettivi ed in specifico nei vari codici disciplinari che regolano la materia, dal momento che fino ad ora le sanzioni disciplinari pecuniarie, ma non solo, in quanto sanzioni minori e dotate di contenuta afflittività sono state demandate alla contrattazione collettiva, che anche recentemente dopo l'entrata in vigore di tutta la normativa anticorruzione, nel caso di dirigenti pubblici si è attenuta nella loro previsione ad importi oscillanti da un minimo di 200,00 ad un massimo di 500,00 euro con l'elencazione puntuale di tutte le infrazioni possibili e con l'avvertenza che è, appunto, necessario graduare l'entità a secondo di criteri generali anch'essi chiaramente individuati.³⁶²

Del resto già la dottrina³⁶³ ha ricordato questo aspetto, essendo della opinione che la responsabilità disciplinare della dirigenza sia "marginalizzata" e rinviata dalla legge alle scelte appunto della contrattazione collettiva, quantomeno questo per le infrazioni di minor portata.³⁶⁴

³⁶² A titolo esemplificativo al Codice disciplinare del personale dirigente del comparto regioni ed autonomie locali (area II), pubblicato in data 16/12/2016 nella home page e nella sezione amministrazione trasparente del sito istituzionale della Camera di Commercio di Ancona, articoli 5, 6,7.

³⁶³ Su punto e per un approfondimento vedasi, BORGOGELLI, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2015, 692

³⁶⁴ Per un approfondimento in merito alle sanzioni conservative disciplinari a carico dei dirigenti, BOSCATI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale alla ricerca della fattispecie*, in *Lavoro pubb.amm*, 2014, 563, 565.

La stessa legge d'altro canto all'articolo 21, comma 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 rimanda con fermezza all'“eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo”.³⁶⁵

Secondo una parte della dottrina, anzi, tale tipo di responsabilità attiene particolarmente alla violazione degli obblighi di comportamento, secondo le modalità ed i principi del CCNL e si distingue per questo dalla responsabilità dirigenziale regolamentata e disciplinata dall'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 che viene accertata in base alle procedure previste dalla normativa vigente, a seguito di particolari procedure di valutazione.³⁶⁶

Tali principi non appaiono in nessun caso rispettati dall'articolo preso in esame in quanto la severità della sanzione in termini pecuniari farebbe propendere per una sanzione al vertice della scala punitiva e non certo come il primo scalino o quantomeno lo scalino più basso del potere punitivo da parte del datore di lavoro per infrazioni di lieve entità.

Analoghe considerazioni, peraltro, sono da farsi anche nel caso in cui tale sanzione disciplinare fosse a carico del funzionario che materialmente ha compiuto l'illecito.

Se, però, inquadrriamo tale articolo di legge nel contesto generale della legge in esame ed in specifico lo leggiamo in combinazione con il successivo articolo 15 *bis* di nuovo conio, che prevede analoghi obblighi di pubblicazione concernenti incarichi conferiti nelle società controllate, al comma 2 è prevista una sanzione analoga, anche se è bene osservare non viene menzionata né la qualifica del soggetto responsabile della pubblicazione né il particolare procedimento, facendo pensare, dunque, che tale tipo di sanzione sia altro rispetto alla sanzione disciplinare e che la sanzione disciplinare sia prevista, appunto, di rimando per la fattispecie di cui al comma 3 articolo 15.

Tuttavia prima di trarre le conclusioni opportune e procedere, in ogni caso, ad un tentativo di inquadramento della fattispecie in esame, è bene indagare se tale sanzione possa essere inquadrata anche in un'altra fattispecie che come si dirà in seguito,³⁶⁷ ora pare al confine con quella disciplinare e cioè la fattispecie dirigenziale.

Infatti, come già evidenziato, non è facile distinguere chiaramente le due fattispecie, soprattutto dopo la previsione di ulteriori forme di tal tipo di responsabilità introdotte dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, dall'affollarsi anche da ultimo di precari e vacui

³⁶⁵ TENORE, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, op. cit., 495

³⁶⁶ BOSCATI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, op. cit., 586.

³⁶⁷ Vedasi in particolare paragrafo 11 di questo capitolo.

rinvii alla responsabilità dirigenziale che hanno come conseguenza il determinarsi di sovrapposizioni di responsabilità e sanzioni, vedasi in particolare agli articoli 1 comma 12 della legge 6 novembre 2012, n. 190, secondo il quale il responsabile della corruzione in caso di commissione all'interno della amministrazione di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine o l'articolo 1, comma 14, della legge 6 novembre 2012, n. 190, riguardante il responsabile della corruzione,³⁶⁸ che in caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal Piano risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché per omesso controllo sul piano disciplinare, ma anche lo stesso articolo 43 del decreto trasparenza da leggersi in combinazione con l'articolo 46, oltre che da previsioni di incerto inquadramento,³⁶⁹ oscillanti in termini di qualificazione fra fattispecie concernenti la responsabilità disciplinare e la responsabilità dirigenziale,³⁷⁰ qualificazione che certamente è rilevante sia ai fini della disciplina applicabile sia in termini di procedure da osservare e quindi rispetto alle conseguenze che ne possono derivare.³⁷¹

Da questa ambiguità è nata la necessità di fare chiarezza fra le due forme di responsabilità, preoccupazione che già in passato aveva portato il legislatore ad intervenire chiarendo alcune fattispecie. A titolo di esempio è stata finalmente qualificata la responsabilità di cui all'articolo 36, comma 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 che derivava dall'uso irregolare delle forme di lavoro flessibile, cui

³⁶⁸ In questo caso, come ricorda MAFFEI, *Le nuove ipotesi di responsabilità dirigenziale, disciplinare ed amministrativa del Responsabile della prevenzione e corruzione a seguito della entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2013, 174, lo stesso fatto potrà essere valutato sotto più profili di responsabilità ed in questa occasione responsabilità dirigenziale e disciplinare sembrano coincidere, in quanto il mancato raggiungimento dell'obiettivo è dipeso dalla negligenza o inerzia del Responsabile con riferimento ad un singolo circoscritto adempimento.

³⁶⁹ BORGOGELLI, *La fatica di Sisifo: la ricerca delle regole sulla valutazione e sulla responsabilità della dirigenza pubblica*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2015, 533 e ss.

³⁷⁰ Per approfondire le fattispecie ambigue o comunque di difficile qualificazione, vedasi NOCOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Torino, 2011.

³⁷¹ SPINELLI, *Il Datore di lavoro pubblico, Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Bari, 2012, 211, 212.

corrispondeva il venir meno della retribuzione di risultato. Il legislatore ha chiarito espressamente che si tratta di responsabilità dirigenziale.³⁷²

Il Parlamento, tuttavia, ha sentito l'esigenza di prevedere finalmente un apposito articolo, l'articolo 10 del disegno di legge delega n. 1577 confluito poi nella legge 7 agosto 2015, n. 124, che al primo comma detta i principi ed i criteri a cui attendersi in materia di riforma dirigenziale ed in specifico riformando l'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

11. Sanzioni a cavallo fra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare: l'articolo 21, comma 1 bis.

Fra le previsioni di incerto inquadramento, infatti, come si è visto, vi è proprio la fattispecie di cui all'articolo 21, comma 1 *bis*, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che fin dalle origini ha diviso la dottrina in merito alla sua collocazione, perché di nuova formulazione e con previsione di sanzioni economiche.

Del resto come ricorda anche la dottrina,³⁷³ la confusione fra le due fattispecie è data proprio dal fatto che la decurtazione della retribuzione di risultato, prevista esplicitamente per tale fattispecie, è contemplata come sanzione anche per la responsabilità disciplinare, tanto è vero che si parla anche di mescolanza dei presupposti e di commistione di essi in riferimento proprio a tale fattispecie, per cui all'articolo 21, secondo comune opinione, si collocherebbe la tradizionale responsabilità dirigenziale a carattere oggettivo, mentre all'articolo 21, *bis*, quella con connotazione soggettiva che avvicina la stessa, però, ad una forma di responsabilità di tipo disciplinare.

Secondo una parte della dottrina,³⁷⁴ dunque, da questa formulazione non sarebbe più possibile distinguere nettamente fra le due responsabilità, dal momento che sarebbero contemporaneamente sanzionati comportamenti non conformi agli obiettivi di buon andamento ed imparzialità e singoli inadempimenti o comportamenti omissivi o violazione di norme.

³⁷² Sul punto anche SALOMONE, *La responsabilità dirigenziale oltre i confini della prestazione individuale*, in *Giurisprudenza ital.*, 2010, 2721.

³⁷³ BORGOGELLI, *La fatica di Sisifo*, *op. cit.*, 536.

³⁷⁴ BORGOGELLI, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, *op. cit.* 2015, 695.

L'articolo 11 della legge 7 agosto 2015, n. 124, ha finalmente dettato i criteri per il “riordino delle disposizioni legislative relative alle ipotesi di responsabilità dirigenziale o disciplinare” cui dovrà attenersi il legislatore delegato che sono sostanzialmente due: la limitazione della responsabilità dirigenziale alle ipotesi di cui all'articolo 21 (lettera i) articolo 10 del disegno in esame) e la “limitazione della responsabilità disciplinare ai comportamenti imputabili ai dirigenti stessi, facendo quasi intendere che l'articolo 1 – bis dell'articolo 21 è da intendersi, quasi come ricorda la dottrina³⁷⁵ una sorta di interpretazione autentica, appartenente, proprio alla responsabilità dirigenziale ed in specifico risolverebbe il continuo dibattito sulla sua qualificazione sostanziale e se includere o meno la violazione del dovere di vigilanza fra i compiti del dirigente.

Sul riordino della responsabilità dirigenziale, tuttavia, è giusto osservare che è in esame attualmente del Parlamento lo schema di decreto legislativo numero 328, recante disciplina della dirigenza in attuazione, appunto, dell'articolo 11 della legge 7 agosto 2015, n. 124, che conferisce una delega al Governo per l'adozione di uno o più decreti legislativi volti alla revisione proprio della disciplina in materia di dirigenza pubblica e di valutazione dei rendimenti dei pubblici uffici, da adottare, sulla base dei principi e criteri direttivi ivi indicati, entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge e cioè entro il 28 agosto 2016. La delega fa riferimento, in particolare, ai profili dell'inquadramento, dell'accesso ai ruoli, della formazione, del conferimento degli incarichi, della valutazione e della responsabilità.

Tale disegno di legge è già stato sottoposto all'esame del Consiglio di Stato³⁷⁶ che si è espresso con parere negativo il 14 ottobre 2016 in ordine ad alcuni punti della riforma ed ha espresso perplessità ed evidenziato criticità anche in ordine alla proposta di riformulazione dell'articolo 21 riguardante appunto la responsabilità dirigenziale che nella nuova versione pare confinata non solo al mancato raggiungimento degli obiettivi secondo i tradizionali intendimenti, ma anche a tutta una serie di fattispecie fra cui “il mancato rispetto delle norme sulla trasparenza, che abbiamo determinato un giudizio negativo dell'utenza sull'operato della pubblica amministrazione e sull'accessibilità ai relativi servizi” che come ricorda il Consiglio di Stato sembrano costruite più violazione di obbligazioni “di mezzi” che non “di risultato”.

³⁷⁵ BORGOGELLI, *La fatica di Sisifo*, op. cit., 548; BORGOGELLI, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica: ancora una riforma*, op. cit., 700.

³⁷⁶ Parere Consiglio di Stato 14 ottobre 2016, nr. 2113, in https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Notiziasingola/index.html?p=NSIGA_4074993 così come riassunto sulla pagina di giustizia amministrativa.

Secondo la dottrina, infatti, la caratteristica peculiare della responsabilità dirigenziale è che si tratta di una responsabilità rientrante nella *species* del *genus* responsabilità contrattuale,³⁷⁷ come quella disciplinare, ma di risultato, dal momento che è la legge stessa che all'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 165/2001 lega il conferimento dell'incarico alla valutazione delle attitudini ed alle capacità professionali "in relazione alla natura ed alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, come ricorda la dottrina stessa, in vista appunto del raggiungimento degli obiettivi stessi".³⁷⁸

Secondo tale parere, dunque, le fattispecie indicate che costituiscono, ai fini della responsabilità dirigenziale, "mancato raggiungimento degli obiettivi" devono essere meglio declinate, evitando, fra l'altro il riferimento a mere violazioni di norme.

12. La sanzione di cui all'articolo 15, comma 3: una fattispecie di difficile inquadramento

Come si è visto, dunque, difficile allo stato attuale legislativo inquadrare chiaramente alcune fattispecie di ambigua formulazione e con costruzione ai confini fra le due forme di responsabilità, soprattutto perché lo stesso legislatore ancora non ha chiarito esattamente i confini fra le due forme di responsabilità.

Dopo aver esaminato gli elementi essenziali di entrambe e partendo da quanto più volte indicato in premessa e cioè che ciascuna fattispecie di illecito segue una sua *ratio* è forse possibile azzardare una ipotesi, con l'avvertenza, tuttavia, che solo il legislatore potrebbe veramente chiarire in via definitiva il proprio intendimento al riguardo.

Si condivide l'opinione espressa della dottrina che non esiste molta chiarezza circa gli elementi caratterizzanti una fattispecie rispetto all'altra, dal momento che dopo le riforme molti sono gli elementi di commistione fra le due. Entrambe le responsabilità sono di tipo contrattuale e concernono inadempimenti specifici di doveri dirigenziali, che siano del mancato raggiungimento degli obiettivi o altro e molte volte anche le sanzioni coincidono, come già ampiamente esposto precedentemente, soprattutto nel caso della decurtazione della indennità di risultato, prevista per entrambe le fattispecie.

Anche in merito agli elementi soggettivi del dolo e della colpa, si è visto, si è divisa in passato la dottrina, che tuttavia ora concorda, a grandi linee, sul fatto che la

³⁷⁷ SALOMONE, *La responsabilità dirigenziale oltre i confini della prestazione individuale*, in *G.I.*, 2010, 2722.

³⁷⁸ SPINELLI, *Il datore del lavoro pubblico*, *op. cit.*, 145.

responsabilità dirigenziale non è più solo di tipo oggettivo, anche se permane il fatto che la responsabilità disciplinare continua ciononostante a fondarsi e non può prescindere da essi.

Il fatto, poi, che l'illecito compiuto sia perpetrato dal funzionario sottoposto, che in un primo tempo potrebbe far ritenere questo illecito rientrante unicamente nella fattispecie della responsabilità dirigenziale, perché responsabilità per omessa vigilanza sul proprio personale (*c.d. culpa in vigilando*), è smentita dal fatto che tale tipo di "colpa" del dirigente è prevista anche come responsabilità disciplinare. Infatti il "vigilare" è parte degli obblighi contrattuali del dirigente ed è considerata come forma di addebito anche nei codici disciplinari allegati ai contratti dirigenziali. Il dirigente, infatti, sovrintende al corretto espletamento dell'attività del personale assegnato alla struttura, inteso non solo sotto il profilo degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione. Rispetto alla *ratio* della normativa e quindi delle funzioni di entrambe le responsabilità esiste una comunanza di intenti anche in questo caso e cioè la finalità è quella legata al rispetto e raggiungimento dell'obiettivo trasparenza.

In più articoli, come si è visto nell'esame del decreto, è configurata la responsabilità e dirigenziale e disciplinare proprio a questo fine.

Tuttavia ad un primo esame del disegno di legge di riforma al vaglio parlamentare e leggendo documenti di commento al riguardo, la trasparenza pare si evolva come obiettivo specifico il cui mancato raggiungimento determinerebbe non entrambe le responsabilità, ma solo il tipo di responsabilità, quella dirigenziale appunto, connessa al mancato raggiungimento di tale obiettivo o quale responsabilità conseguente ad un inadempimento di attività gestionale, e quindi, a parere di chi scrive, anche alla gestione del personale a lui sottoposto e tale responsabilità si distinguerebbe nettamente da quella disciplinare, che rimarrebbe confinata solo a quei comportamenti imputabili ai dirigenti stessi.³⁷⁹

Se questo è il futuro prossimo e l'evoluzione delle due particolari responsabilità, allo stato attuale classificare la fattispecie di cui all'articolo 15, comma 3, come appartenente sia ad una che all'altra categoria presenta in ogni caso anomalie e perplessità che meritano di essere commentate.

La classificazione della stessa come sanzione disciplinare conservativa di tipo pecuniario a carico del dirigente di importo potenzialmente anche molto elevato, come già osservato precedentemente, non potrebbe dirsi sicuramente un rimedio minore per

³⁷⁹ Sul punto leggesi la scheda di sintesi ed il commento dell'ufficio studi del Parlamento, p.70

un inadempimento di tipo formale. In quanto sanzione fissa che opererebbe in modo automatico e cioè per il solo fatto della mancata pubblicazione e quindi a prescindere dall'accertamento del dolo o della colpa, fatto questo che porterebbe la stessa ad essere inquadrata in una forma di responsabilità più di tipo oggettivo (e quindi assimilabile alla responsabilità dirigenziale), contravverrebbe a tutte le regole pensate dal legislatore, anche storico, per tale tipo di reazione, ma anche ai sopracitati principi di proporzionalità, gradualità e parità di trattamento tra lavoratori, principi di diritto pubblico inderogabili per il tipo di rapporto che lega il datore di lavoro pubblico al proprio dipendente che in quanto dirigente addirittura potrebbe coincidere con un proprio organo. L'automatismo e l'importo fisso in particolare stridono con la flessibilità del mezzo sanzionatorio, pensato da sempre fra un minimo ed un massimo, anche qualora l'importo della sanzione fosse basso, perché non terrebbe conto di tutta una serie di fattori e dell'eventuale recidiva.

Infine, come si è visto precedentemente,³⁸⁰ tale rimedio verrebbe frustrato dalla possibilità del lavoratore di licenziarsi in corso di procedimento disciplinare, dal momento che il potere disciplinare non pare operare in capo agli ex dipendenti.

Analoghe osservazioni e perplessità si avrebbero per la classificazione della stessa come sanzione pecuniaria conseguente ad un illecito dirigenziale per mancato raggiungimento dell'obiettivo trasparenza nei termini accennati in nota,³⁸¹ e alla mancata vigilanza sul

³⁸⁰ Capitolo II, paragrafo 3, p. 87 ed 88.

³⁸¹ Da tempo, tuttavia, la valutazione del dirigente è effettuata in relazione non soltanto al raggiungimento degli obiettivi strategici, ma anche in relazione all'inadempimento delle specifiche prescrizioni di *accountability* e con le novità del 2016 la responsabilità dirigenziale è legata in generale anche agli obblighi di pubblicazione, come ricorda CANAPARO, *La trasparenza della pubblica amministrazione dopo la Riforma Madia*, *op. cit.*, 228. Per una definizione esaustiva del termine *accountability* vedasi HINNA L., *Glossario della riforma della pubblica amministrazione, Le parole della performance in enti locali, regioni e loro organismi*, *op. cit.*, 27. Il concetto di *accountability* in termini di *rendicontabilità* nell'esercizio del potere pubblico viene richiamato da VANNUCCI, *op. cit.*, 40, in riferimento proprio al fenomeno della corruzione e alla responsabilità degli agenti pubblici. In realtà la trasparenza intesa anche come pubblicità delle informazioni, attiva i meccanismi di responsabilità dirigenziale previsti dall'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165: il dirigente che non abbia vigilato sul rispetto, da parte dei propri uffici, degli standard qualitativi e quantitativi in materia, fra l'altro, di trasparenza, può subire una decurtazione della retribuzione di risultato fino all'ottanta per cento, come ricorda SAVINO M., *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione*, in MATTARELLA/PELISSERO, *La legge anticorruzione*, *op. cit.*, 120 e ss.

proprio personale,³⁸² in quanto essa avrebbe la peculiarità di non essere collegata alla indennità di risultato, ma di essere una sanzione fissa il cui importo peraltro è definito e fisso. La formulazione del disposto di legge, infine, non la collegherebbe a nessun particolare procedimento di valutazione.

13. Conclusioni: la sanzione di cui all'articolo 15, comma 3 - natura di sanzione disciplinare conservativa anomala a carico del dirigente

Nonostante, tuttavia, le osservazioni appena compiute coerentemente con l'adesione al criterio formale seguito dalla tradizione dottrinale, chi scrive è giunta alla conclusione, già in parte prospettata da una parte della dottrina,³⁸³ che ritiene la stessa una forma anomala di sanzione pecuniaria conservativa a carico del dirigente conseguente ad un accertamento di responsabilità disciplinare al confine o coincidente in parte con la responsabilità dirigenziale, anomala perché, in aggiunta alla considerazione dei rilievi sopraindicati, non rispetterebbe la *ratio* dell'istituto delle sanzioni disciplinari che non è quella primariamente afflittiva, ma quella di ripristinare il corretto funzionamento della attività lavorativa.

Nel caso in esame, infatti, si punisce con essa non una vera e propria inefficienza della pubblica amministrazione, ma la violazione di un principio che, come si è visto, è ormai di ordine costituzionale, collegato peraltro ad una finalità di ordine addirittura sovranazionale, la prevenzione della corruzione.

Il dato letterale è l'unico in effetti, che ci permette una qualche classificazione, dal momento che rinvia al tipo di procedimento che accerterebbe questo tipo di responsabilità, ovvero il procedimento disciplinare ed in mancanza di altri elementi, come già appurato precedentemente, la qualificazione di una sanzione è data anche dal tipo di procedimento – processo³⁸⁴ cui il legislatore rinvia.

³⁸² Qualificata in questo modo anche da alcune amministrazioni o meglio organi politici regionali, quali ad esempio il Consiglio regionale del Piemonte nella sua interrogazione ordinaria indifferibile ed urgente a risposta orale n. 59 del 17.09.2014, in <http://www.cr.piemonte.it/interfo/legislatura/10/atto/59/documento/6476>.

³⁸³ Vedasi CELONE, nota 305, p. 129.

³⁸⁴ Per analogia in merito alla distinzione fra sanzione amministrativa e sanzione penale, SINISCALCO e MOR, note 27 e 28 p 13 della presente ricerca.

L'anomalia, tuttavia, non sta solo nella formulazione della sanzione non coerente con le sanzioni previste per gli illeciti disciplinari nel pubblico impiego, ma anche, come già notato nelle premesse al presente lavoro di ricerca, nell'importo anche potenzialmente molto elevato previsto per la stessa e questo giustifica, seppur a titolo di solo completezza, il prosieguo della presente ricerca, che comporterà anche tutte una serie di osservazione di ordine costituzionale, seppur solo come accenni.

CAPITOLO IV

Il principio di proporzionalità come principio di costituzionalità di una norma

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il principio di proporzionalità: concetto e definizione generale. - 3. Il principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione Europea. - 4. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (CEDU). - 5. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. - 6. Il principio di proporzionalità presso i tribunali amministrativi: cenni. - 7. Il giudizio di proporzionalità nella previsione legislativa di sanzioni pecuniarie. - 8. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 alla luce del principio di proporzionalità: sua probabile incostituzionalità.

1. Premessa

Proprio partendo dalle note sentenze dei tribunali europei sopra illustrate ed in particolare focalizzando l'attenzione sul terzo criterio Engel che è quello della severità ci si è chiesti fin da subito in primo luogo anche, se una sanzione eccessivamente elevata rispetto allo scopo prefissato, oltre a comportare un eventuale mutamento della natura della sanzione potesse confliggere con un altro criterio comunitario che è quello, ormai noto, come criterio di proporzionalità.

Una norma, infatti, che prevede una sanzione sproporzionata rispetto al fatto illecito contestato, potrebbe essere considerata viziata anche sotto il profilo costituzionale per violazione del principio di proporzionalità.

A questo riguardo, quindi, è opportuna una breve disamina di quello che è il principio di proporzionalità partendo dal diritto europeo per giungere, infine, ad una succinta ma accurata analisi nel diritto costituzionale ed infine nel diritto amministrativo.

2. Il principio di proporzionalità: concetto e definizione generale

Il concetto proporzionalità implica nel linguaggio comune la relazione fra due o più fattori e nasce nelle scienze esatte³⁸⁵ prima di tutto per descrivere meglio le dimensioni di un determinato oggetto o bene in relazione ad un altro.

³⁸⁵ Secondo BUONFINO, *Il servitore infedele. Notazioni sistematiche sulla proporzionalità delle sanzioni disciplinari fra canone di ragionevolezza e prestigio istituzionale*, in *Diritto processuale amministrativo*,

Evoca l'idea di congruità, adeguatezza e conformità fra due o più cose.

In diritto tale idea è presente già nell'etica nicomachea di Aristotele ed è una caratteristica della giustizia, la più importante virtù etica, secondo la classica distinzione tra giustizia "distributiva" e giustizia "retributiva" a sua volta suddivisa in giustizia correttiva e giustizia commutativa.³⁸⁶

Di giustizia e proporzionalità parla anche San Tommaso di Aquino secondo il quale: *"l'atto della giustizia sta nel rendere alle persone le cose che dalla demarcazione del giusto mezzo restano loro proporzionate: atto di giustizia è rendere a ciascuno il suo."*³⁸⁷

L'idea della proporzionalità nel senso giuridico moderno, però, si impone nella Europa settecentesca con Cesare Beccaria che ritiene che la pena non deve essere eccessiva rispetto al fatto delittuoso da perseguire o meglio che fra fatto criminoso e pena deve sussistere una giusta proporzione nel rispetto del reo, ma anche nell'interesse stesso dei pubblici poteri. Una pena proporzionale e giusta, infatti, è in linea con la funzione dissuasiva del potere sanzionatorio-repressivo.³⁸⁸

Ma tale concetto era anticipato e presente già nel 1200 nel diritto inglese nella Magna Charta in cui stava enunciato il principio secondo il quale un uomo libero poteva essere punito, mai così severamente da privarlo dei mezzi di sussistenza e comunque sempre in proporzione della gravità del reato commesso.

2012, fasc. 2., 681, il concetto di proporzione come "rapporto" si è sviluppato soprattutto nelle scienze matematiche e trova puntuale e costante nelle arti applicate, quali ingegneria ed architettura e nella speculazione filosofica. Si tratta dell'idea di simmetria fra le molteplici parti di un tutto e quindi, trattasi di un criterio ordinatore di un dato contesto riconducibile ad unità.

³⁸⁶ Tratto dalla dispensa *Rechtstheorie und Methodenlehre*, Prof. GANNER, Universitaet Innsbruck, anno 2014/2015, p. 10: (...) Neben den genannten Funktionen, ist es auch eine wesentliche Aufgabe der Rechtsordnung, Gerechtigkeit zu schaffen. Es wird zwischen austeilender Gerechtigkeit und ausgleichender Gerechtigkeit unterschieden. Die ausgleichende Gerechtigkeit ist ein Unterbegriff der Gerechtigkeit und beschreibt gemäss der Nikomachischen Ethik von Aristoteles Rechtbeziehungen zwischen Gleichgeordneten. Im Gegensatz hierzu steht die "austeilende Gerechtigkeit", welche die Rechtbeziehungen zwischen Ungleichen (zum Beispiel dem Staat und den Burgern) beschreibt. Aristoteles unterscheidet bei der ausgleichenden Gerechtigkeit weiterhin zwischen "austauschender Gerechtigkeit" (iustitia commutativa) in freiwilligen Vertragsbeziehungen und "wiederherstellender oder korrekativer Gerechtigkeit" (iustitia regulativa sine correctiva) in unfreiwilligen Verkehrsbeziehungen (...).

³⁸⁷ TOMMASO D'AQUINO, *Compendio della Somma Teologia*, G. Dal Sasso – R. COGGI, Bologna, 1989, Edizioni Studio Domenicano, Questione 58, p. 234, 235.

³⁸⁸ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), (a cura di) F. Venturi, Torino, 1970, cap. VI, 19.

Il principio di proporzionalità come idea nasce, dunque, storicamente nell'ambito penale, ma si espande progressivamente in tutti i settori del diritto ed ha sempre la stessa funzione di bilanciare gli interessi contrapposti. Infatti in ogni ordinamento democratico i diritti fondamentali non hanno un carattere assoluto ed ogni diritto è riconosciuto unitamente al suo limite ed è per questo che il bilanciamento è necessario e funge anche da strumento interpretativo ed argomentativo che permette il necessario ragionevole contemperamento di una pluralità di interessi costituzionalmente concorrenti.

Una normativa che sacrificasse un diritto fondamentale, infatti, senza produrre concreti effettivi benefici ad altri interessi sarebbe irragionevole e perciò censurabile sia a livello europeo che a livello del diritto costituzionale interno di ciascun Stato che si ispiri ai valori liberali e democratici.

3. Il principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione Europea

Il principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) è da ricomprendere sicuramente fra i principi generali del diritto comunitario e lentamente, attraverso le decisioni della Corte di Giustizia, è penetrato in tutti gli altri ordinamenti dell'Unione (conseguente effetto *spill over* negli ordinamenti degli Stati membri e nell'ordinamento stesso dell'Unione europea).

Infatti tale principio confluisce nel diritto europeo grazie al meccanismo, inizialmente adottato dalla Corte di giustizia, di elaborazione di principi generali non esplicitamente contenuti nelle norme scritte, mediante la tecnica della comparazione giuridica ed applicazione di nozioni e concetti propri delle tradizioni giuridiche comuni degli Stati membri e la scelta, infine, ed il recepimento della soluzione concretamente sviluppata in uno di essi secondo il criterio della "*better law*".³⁸⁹

Esso costituisce una condizione di validità delle misure nazionali che incidono sulle libertà fondamentali, un parametro di legittimità degli atti dell'Unione, ma anche un

³⁸⁹ LICUGNANA, *Principio di proporzionalità ed integrazione tra ordinamenti: il caso inglese ed italiano*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, 2011; SALVATI A. *Principio di proporzionalità e sanzioni da ritardo nell'adempimento della obbligazione tributaria*, in *Rassegna tributaria*, 2013, fasc. 3, 577; BUOSO, *Dialogo fra Corti e principio di proporzionalità*, *Atti al I Convegno dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza della Università di Padova*, Padova, 2013, 416; BUOSO, *Principio di proporzionalità e dialogo tra Corti*, *Saggi per un Simposio*, Padova, 2012, 126.

principio generale che governa l'esercizio delle competenze e la scelta del tipo di strumento (art. 5 Trattato Unione Europea e Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità).

Successivamente è stato introdotto esplicitamente nei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,³⁹⁰ che all'articolo 52, comma 1, "Portata dei diritti garantiti" dispone che "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui."

Anche il comma 3 dell'articolo 49 del medesimo documento riconosce espressamente il principio di proporzionalità in prospettiva garantista. Esso prevede, infatti, che le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato.³⁹¹

Da ultimo, infine, tale principio è previsto espressamente anche negli altri atti normativi comunitari, così come appare anche ad esempio nel recente regolamento (UE) 2015/847 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L. 141, del 5 giugno 2015.

In più punti, ma in particolare nel Capo IV articolo 17, "sanzioni e controllo", è ribadito, infatti, in maniera chiara che gli Stati membri dovrebbero prevedere norme, sanzioni e misure effettive, proporzionate e dissuasive, nonché coerenti con le norme stabilite.

Il principio di proporzionalità storicamente, però, compare prima di tutto nell'ambito del diritto amministrativo prussiano (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*)³⁹² e nasce nel diritto tedesco nello specifico contesto del *Polizeirecht* e quindi, ancora una volta come principio del diritto penale in base ad una formula forgiata da

³⁹⁰ Detta anche Carta di Nizza, adottata nel dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione ed equiparata ai Trattati in seguito al Trattato di Lisbona.

³⁹¹ Secondo la dottrina, infatti, "ancorare la pena, la sua tipologia e quantità, ad un criterio di misura fondata sull'intrinseco disvalore del fatto e sulla colpevolezza significa evitare che il legislatore attinga livelli repressivi spropositati rispetto alle valutazioni sociali correnti, valorizzando una prospettiva garantistica del principio di proporzionalità". Sul punto vedasi SALVATI, *Principio di proporzionalità e sanzioni da ritardo nell'adempimento dell'obbligazione tributaria*, in *Rassegna tributaria, op. cit.*, nota 22, 579.

³⁹² BUOSO, *Proporzionalità, Efficienza ed accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, 29,35.

Fleiner nel 1912, ma già anticipata dal caso *Kreuzberg*³⁹³ del 1882, che sancisce che “la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni”³⁹⁴ il che significa che i diritti fondamentali di ogni individuo non devono essere sacrificati oltre la misura di quanto sembri strettamente necessario per il raggiungimento dell’obiettivo di interesse pubblico perseguito dall’autorità pubblica.

La sua concezione moderna in ogni caso nasce e si consolida nel dopoguerra come reazione alla parentesi nazionalsocialista e la sua originaria funzione, dunque, è quella di tutela dei singoli cittadini dagli abusi del potere pubblico.

La recente evoluzione del concetto tiene maggior conto anche della tutela dell’interesse pubblico e viene applicato persino nei confronti del potere amministrativo con effetti favorevoli ampliativi della sfera giuridica del destinatario.³⁹⁵

Affinché un provvedimento possa dirsi proporzionato, secondo la concezione tedesca, è necessario seguire tre scalini o passaggi: lo scalino della idoneità (*Geeignetheit*), della necessità (*Erforderlichkeit*) e della proporzionalità in senso stretto (*Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne o Abwägung*).

Lo scalino della idoneità, che viene considerato dal diritto tedesco anche il primo, viene fatto coincidere con il concetto del mezzo più idoneo al raggiungimento dell’obiettivo prefissato dalla legge e corrisponde, quindi, all’efficacia dell’azione pubblica.^{396 397}

³⁹³ Preußisches Oberverwaltungsgericht, Sent. 14/06/1882, richiamata da BUONFINO, *Il servitore infedele. Notazioni sistematiche sulla proporzionalità delle sanzioni disciplinari fra canone di ragionevolezza e prestigio istituzionale*, op. cit., nota (28) 685., che riguardava il provvedimento di chiusura di uno spaccio per avere il proprietario venduto alcool senza licenza. La puntuale cristallizzazione di tale principio di proporzionalità, secondo BUONFINO, o meglio dei principi cardine come concetto giuridico è contenuta, però, in una sentenza più tardiva, la nota pronuncia Apothekenurteil, BverfG, Sent del 11 giugno 1958 che ha messo in evidenza il canone di proporzionalità come tecnica di bilanciamento di valori costituzionalmente rilevanti. Da questo ne deriva che il principio di proporzionalità altro non è che la ricerca dell’*optimum* provvedimentoale, inteso come rapporto (proporzione) tra le singole parti di un tutto (costituito dalla obiettiva situazione fattuale e giuridica che il provvedimento intende regolare). Sul punto vedasi meglio BUONFINO, op. cit., 688.

³⁹⁴ *Man darf nicht auf die Spatzen mit Kanonen schießen*” in FLEINER F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr, VIII, ed. 1928, 404.

³⁹⁵ BUOSO, *Proporzionalità, efficacia ed accordi nell’attività amministrativa* op. cit., 31.

³⁹⁶ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in *Ordinamento Europeo. L’esercizio delle competenze*, (a cura di) S. MANGIAMELLI, vol. II, Milano, 2006, 227 ss.

³⁹⁷ „Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità”, in *Atti del I Convegno dei Colloquia die Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell’università di Padova, Padova, 13 e 14 gennaio 2013*, op. cit. 411.

La verifica di questo requisito non richiede che lo scopo venga effettivamente raggiunto, ma che sia plausibile che questo avvenga (è sostanzialmente la capacità potenziale di raggiungerlo – *Zwecktauglichkeit*).³⁹⁸

La necessità, come seconda fase della verifica, è da intendersi come l'imposizione del mezzo più mite (*milderes o mildestes Mittel*) ed il terzo nonché ultimo scalino (*die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne o Abwägung*) si deve intendere come la misura afflittiva adottata che non deve essere tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato e pertanto deve risultare dal bilanciamento (*Abwägungsgebot*) fra gli effetti del provvedimento, l'interesse pubblico perseguito, gli altri interessi pubblici secondari ed anche gli altri interessi privati confliggenti.³⁹⁹

Il principio di proporzionalità, tuttavia, ritenuto all'unanimità manifestazione del principio dello Stato di diritto,⁴⁰⁰ e la sua applicazione da parte degli organi comunitari ha seguito metodi parzialmente diversi dal modello tedesco “a tre gradini” appena descritto. Ciò che viene recepito dall'ordinamento tedesco è la struttura della verifica, anche se il principio in quanto tale era già presente in decisioni molto antiche e lo si riconduceva appunto al concetto dello Stato di diritto.⁴⁰¹ Il sindacato di proporzionalità compiuto dai giudici comunitari si limita prevalentemente alla verifica degli elementi della idoneità e della necessità, parametro quest'ultimo più largamente adottato dalla Corte di giustizia ed esprime funzione di garanzia dei diritti individuali⁴⁰² e solo recentemente ha considerato anche l'elemento della idoneità in senso stretto (o adeguatezza). Tale elemento è pur presente in molti recenti sentenze della Corte di Giustizia, almeno dal punto di vista formale, ma è nel settore dell'applicazione delle sanzioni che viene valutato regolarmente. Anzi in questi casi l'adeguatezza

³⁹⁸ BUOSO, *Proporzionalità, efficacia ed accordi nell'attività amministrativa*, op. cit., 47.

³⁹⁹ BUOSO, *Proporzionalità, efficacia ed accordi nell'attività amministrativa*, op. cit. 64.

⁴⁰⁰ Corte di Giustizia, sentenza Granaria, 13 febbraio 1979, C- 101/78, in MANGIAMELI, *l'Ordinamento Europeo, l'esercizio delle competenze*, Milano, Giuffrè, 2006, 559, secondo la quale il rispetto del principio dello Stato di diritto (o *rule of law*) è ritenuto la base stessa del Trattato.

⁴⁰¹ BUOSO, *Proporzionalità, Efficienza ed accordi nell'attività amministrativa*, op. cit., 141. Del resto, a parere di scrive, lo stesso concetto di Stato di diritto ricomprende di per sé l'idea di Stato fondato sul rispetto della legge che è uguale per tutti ed è volta anche a limitare e regolare gli interventi pubblici nella sfera privata di ogni persona che deve, quindi, essere protetta da ogni arbitrio o intervento sproporzionato.

⁴⁰² Vedasi, *ex multis*, Corte di Giustizia sentenze: *Bela Mühle* 5 luglio 1977, C-114/76 in materia di politica agricola comune.

(*Angemessenheit*) sembra essere l'unico requisito che viene veramente e rigorosamente verificato.⁴⁰³

Il sindacato UE compie, rispetto al modello tedesco, delle valutazioni di tipo oggettivo che attribuiscono reale importanza prevalentemente agli interessi in gioco senza dare grande importanza, invece, come fa il modello tedesco, alla intensità con cui il provvedimento adottato abbia inciso nella sfera giuridica del singolo.

Il giudice europeo, in definitiva, non vaglia l'atto impugnato alla luce della tassativa triplice verifica citata né secondo la rigida scala indicata dal modello tedesco, ma elabora un proprio modello per il caso concreto oggetto di giudizio, secondo quanto previsto dall'articolo 5 del Trattato di Maastricht che ha introdotto come annesso al Trattato della Comunità europea (TCE) il Protocollo sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia rinviando e dando applicazione a quanto previsto dall'articolo 5 del Trattato della Comunità europea afferma che per accertare se una norma di diritto comunitario sia conforme al principio di proporzionalità si deve verificare se i mezzi da essa contemplati siano idonei a conseguire lo scopo perseguito e non eccedano quanto è necessario per raggiungere detto scopo.⁴⁰⁴

Secondo, però, una parte della dottrina⁴⁰⁵ la giurisprudenza della Corte di giustizia, così come i Trattati, assurgono a ruolo centrale per definire il criterio della proporzionalità addirittura la sola necessità del mezzo impiegato, tralasciando gli altri due elementi contemplati dal modello tedesco.

Secondo le tesi sostenute dalla più recente dottrina,⁴⁰⁶ infine, a commento del noto caso *Cassis de Dijon*, a livello comunitario sarebbe stato introdotto un nuovo test di proporzionalità che va coniugato con un nuovo principio comunitario e cioè quello della ragionevolezza. Tale test impone di verificare, primariamente, se la norma o la misura adottata risponda a ragioni imperative o, comunque, a legittimi interessi nominati ed in

⁴⁰³ BUOSO, *Proporzionalità, Efficienza ed Accordi nell'attività amministrativa*, op. cit., 166: la sanzione deve trovarsi in un rapporto di proporzionalità sia nei confronti dell'irregolarità commessa che della capacità contributiva del soggetto che la subisce – cfr. Regolamento n. 2988/95 del Consiglio: “le sanzioni amministrative devono avere carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo per assicurare un'adeguata tutela degli interessi finanziari della Comunità”.

⁴⁰⁴ Cfr. *ex multis*, sentenza 9 novembre 1995, causa C-426/93, Germania/Consiglio dell'Unione europea.

⁴⁰⁵ S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento italiano, comunitario ed inglese*, Milano, 2008, 36 ss.

⁴⁰⁶ Incontro delle Corti Costituzionali di Portogallo, Spagna ed Italia: *Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria* a cura di Giuseppe Tesauro, Roma 24 ottobre 2013, pag. 6 – 7.

secondo luogo è necessario verificare, se la misura è idonea allo scopo ovvero sproporzionata e ciò comporta il rispetto di requisiti ben precisi, nel senso che occorre tutelare interessi pubblici rilevanti che non ricevano altrove adeguata tutela dalla normativa dell'Unione e deve essere necessaria o comunque proporzionata al perseguimento di uno scopo preciso.

Infine è opportuno in ogni caso osservare il fatto, come evidenzia una parte della dottrina,⁴⁰⁷ che il sindacato comunitario è maggiormente intenso a seconda dell'importanza della finalità perseguita e dell'interesse comunitario tutelato (viene riservato un certo *favor* alle misure che rappresentano un contributo alla “costruzione dell'edificio comunitario”) e, comunque, il sindacato più restrittivo e più rilevante riguarda le misure adottate dagli stati rispetto agli atti o alle misure delle istituzioni comunitarie e quindi, a parere di chi scrive, anche la valutazione degli elementi classici della proporzionalità nella triplice accezione sopradescritta non è sempre la stessa.

Il sindacato comunitario, per quanto detto sopra, pare avvicinarsi di più al sindacato di tipo italiano, così come meglio descritto per brevi cenni nel prosieguo della trattazione.

4. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (CEDU)

Altro documento fondamentale da esaminare brevemente è la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In tale documento sono contenuti i diritti dell'uomo riconosciuti e rispettati in Europa.

Tali diritti sono inderogabili per lo più, ma alcuni di essi possono essere limitati da normative dei rispettivi Stati membri, purché sia rispettato il principio di proporzionalità. È compito della Corte EDU provvedere affinché tali limitazioni non siano eccessive rispetto alla tutela di equivalenti diritti riconosciuti e rispettati in ambito europeo come ad esempio i diritti economici o i diritti alla sicurezza o motivi di ordine pubblico o la prevenzione dei reati.

Per far ciò test di verifica di legittimità delle restrizioni operate dallo Stato aderente è ancora una volta il principio di proporzionalità.

Il giudizio operato dalla Corte di Strasburgo è ispirato dal principio del c.d. giusto equilibrio fra le esigenze dell'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo.

⁴⁰⁷ BUOSO, *Proporzionalità, Efficienza ed accordi nell'attività amministrativa*, op. cit. 183.

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è seguito il principio di proporzionalità, ma è raro che si seguano pedissequamente i tre scalini indicati dal diritto tedesco anche se si adotta almeno formalmente, comunque, la tradizionale tripartizione elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza germanica con riferimento al *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, vale a dire la verifica della idoneità, il controllo della necessità ed infine la ponderazione vera e propria degli interessi in gioco (*Abwägung*). La Corte europea dei diritti umani di fatto combina il principio di proporzionalità con la dottrina del “c.d. margine di apprezzamento statale”,⁴⁰⁸ tralascia spesso la verifica di idoneità e si concentra più sull'esame della necessità della misura rispetto al fine perseguito, sulla scorta del tradizionale insegnamento per cui il mezzo prescelto non deve risultare sproporzionato al raggiungimento del fine (regola della c.d. “*mildes Mittel*”) e, più in generale, sulla valutazione complessiva del “giusto equilibrio” fra il perseguimento delle esigenze statali e salvaguardia dei diritti umani.⁴⁰⁹

5. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana

Il principio di proporzionalità svolge un ruolo fondamentale come metro di giudizio non solo nelle motivazioni delle sentenze delle Corti europee, ma anche nelle argomentazioni delle Corti costituzionali e quindi anche della Corte Costituzionale italiana.

Quelle molto interessanti ai fini del presente lavoro sono le pronunce nelle quali sia la Corte Costituzionale che la Corte europea dei diritti sono state chiamate ad un sindacato di proporzionalità sulla legge.

Il sindacato sulla legge compiuto dalla Corte costituzionale italiana ha natura obiettiva ed è volto ad espellere dall'ordinamento quelle norme contrarie alla Costituzione. Si tratta di un controllo astratto che prescinde, in via generale, dalle vicende del caso concreto.

⁴⁰⁸ Secondo tale dottrina, come è noto, è lasciato lo spazio agli Stati nell'applicazione della Convenzione per bilanciare l'adempimento degli obblighi pattizi con la tutela di altre esigenze statali e la Corte di Strasburgo veglia nel rispetto di tale margine per consentire agli stessi il perseguimento anche dei loro interessi.

⁴⁰⁹ F. BILANCIA – CALIFANO – DEL FEDERICO - PUOTI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giustizia tributaria italiana*, Torino, 2014, 255 – 256.

Il principio di proporzionalità nell'ordinamento italiano, secondo una parte della dottrina,⁴¹⁰ sarebbe presente nella cultura giuridica italiana da molto tempo ed applicato prima di tutto dal giudice amministrativo, seppur in forma mascherata, addirittura prima che nel diritto europeo e quindi prima che penetrasse nell'ordinamento interno come principio generale mutato dal diritto tedesco.

Tuttavia un test di proporzionalità come quello sopradescritto non esisteva nel nostro diritto pubblico prima della diffusione di tale principio generale per effetto della giurisprudenza europea e l'unico sindacato giurisdizionale simile era quello applicato sia dal giudice delle leggi che dal giudice amministrativo ed era il sindacato di ragionevolezza.

I principi di ragionevolezza e proporzionalità ora sono applicati quotidianamente dalla Corte costituzionale italiana e molto spesso sono utilizzati senza alcuna distinzione ed in modo fungibile l'uno rispetto all'altro, quasi fossero sinonimi.⁴¹¹

La Corte costituzionale, infatti, afferma che il principio di proporzionalità “rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza”⁴¹² e non applica il principio di proporzionalità seguendo fedelmente il test elaborato dal modello tedesco, così come previsto come sequenza di standard di giudizio disposti in progressione a scalini.

Lo standard di giudizio è appena accennato e non articolato in tutti i suoi aspetti, anche se la formalizzazione di uno standard di giudizio con una predeterminazione di criteri chiari ed esplicitati sarebbe importantissimo sia sul piano della argomentazione e quindi della motivazione che diverrebbe più coerente, prevedibile e controllabile, che sul piano della legittimazione dell'operato della Corte stessa, che spesso, soprattutto nel caso della Corte costituzionale italiana, è stata accusata di fungere da vero e proprio organo politico.⁴¹³

Tanto premesso è necessario accennare brevemente alle tendenze più recenti rispetto al giudizio di ragionevolezza e proporzionalità della giurisprudenza costituzionale.

⁴¹⁰ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 135 ss.

⁴¹¹ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, studio tratto dalla Conferenza trilaterale della Corte costituzionale italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24 – 26 ottobre 2013.

⁴¹² Sent. Corte Costituzionale n. 220/1995, in www.cortecostituzionale.it.

⁴¹³ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, *op. cit.*, 7.

I due ambiti più interessanti a fini della presente ricerca in cui tali principi operano sono quelli del bilanciamento dei diritti e quello degli automatismi legislativi.

In uno Stato pluralista, democratico e liberale come quello italiano, viene praticata una concezione “dignitaria” dei diritti che vengono riconosciuti, affermati e tutelati non in termini assoluti, ma in relazione ad altri diritti di pari valore e degni di altrettanta considerazione e protezione. Il bilanciamento è, quindi, una tecnica interpretativa ed argomentativa basilare per una necessaria, doverosa considerazione di tutti gli interessi in gioco.

Dalle sentenze più recenti e particolarmente significative fra cui spiccano le sentenze sul caso ILVA del 2013⁴¹⁴ e la sentenza relativa alle limitazioni previste per legge dei colloqui con i difensori sempre del 2013⁴¹⁵ emergono le considerazioni che non esistono diritti costituzionali assoluti cioè prevalenti rispetto agli altri, ma ogni diritto può essere limitato o sacrificato a condizione che vi sia un significativo beneficio a favore di un altro interesse di pari rango, secondo la tendenza alla “*massima espansione delle tutele*”, pena la sua irragionevolezza in senso di sproporzionalità, censurabile da parte della Corte Costituzionale. Tale, infatti, è la funzione di bilanciamento dei diritti costituzionalmente protetti che richiede il rispetto dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità.

Altro ambito significativo sotto l’aspetto della ragionevolezza e proporzionalità è l’illegittimità per irragionevolezza degli automatismi legislativi soprattutto di quelle disposizioni, così formulate, da non permettere ad un eventuale giudice ed in ogni caso alla pubblica amministrazione di tenere conto delle caratteristiche del caso concreto e modulare quindi la propria risposta alla peculiarità del singolo caso.

La funzione a questo riguardo della Corte costituzionale è quella di mitigare in vari modi gli automatismi delle legge, così come ha già fatto in ambiti delicati ed interessanti soprattutto riguardo al presente lavoro di ricerca dell’irrogazione automatica di sanzioni amministrative e disciplinari che non consentivano una adeguata e proporzionale sanzione al fatto contestato.⁴¹⁶

In tali ambiti, per giungere alle proprie decisioni, la Corte Costituzionale italiana, tuttavia, pur richiamandosi ai principi di ragionevolezza e proporzionalità è rimasta ad un approccio informale e senza una linea precisa che impedisce allo studioso una analisi

⁴¹⁴ Sentenza Corte Costituzionale n. 85/2013, in Consulta on line.

⁴¹⁵ Sentenza Corte Costituzionale n. 143/2013, in Consulta on line.

⁴¹⁶ Sent. Corte Costituzionale: n. 297/1993, n. 220/1995, n. 2 del 1999, in Consulta on line.

chiara delle decisioni alla luce di tali principi, per cui alcuni autori⁴¹⁷ sono stati tentati di negare il principio stesso di proporzionalità e ragionevolezza, almeno nell'ottica della legittimità costituzionale, perché formula verbale non corrispondente ad un concetto o ad una nozione ben determinata, ma troppo vaga.

6. Il principio di proporzionalità presso i tribunali amministrativi: cenni

Se tale è la riflessione in merito alle posizioni delle Corti europee e della nostra Corte costituzionale, ai fini di completezza espositiva sull'argomento, brevi riflessioni sono opportune anche in merito alle valutazioni e alla applicazione di tale principio dalle Corti amministrative italiane.

Il principio di proporzionalità viene applicato nella prassi a partire dai primi anni '90 anche dai giudici amministrativi italiani, dal momento che il tradizionale principio di ragionevolezza⁴¹⁸ che più si avvicinava a tale concetto nella accezione europea e che era utilizzato dai giudici come sindacato nei limiti del merito amministrativo e che molto

⁴¹⁷ L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 899 ss., paragrafo 1.

⁴¹⁸ Ancora oggi la Corte Costituzionale italiana tende a non operare alcuna distinzione fra i due principi tanto è vero che molto spesso vengono utilizzati come sinonimi e comunque in modo fungibile l'uno rispetto all'altro, come ricorda CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale della Corte Costituzionale italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24 – 26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni, 2.

Tuttavia è ormai consolidata nella dottrina l'opinione che i due principi sono ontologicamente diversi, perché diverse sono le finalità a cui essi sono orientati. Nel principio di ragionevolezza l'attenzione è rivolta primariamente alla tutela dell'interesse pubblico e la valutazione, quindi, degli interessi in gioco è di tipo qualitativo per cui il giudice amministrativo nel valutare il corretto esercizio della discrezionalità da parte della pubblica amministrazione considererà se il potere sia stato impiegato in maniera congrua. In sostanza nel principio di ragionevolezza il sacrificio imposto al privato è congruo rispetto all'interesse pubblico. Nel giudizio di proporzionalità, invece, l'attenzione è rivolta prevalentemente al privato cittadino ed alla sua tutela rispetto all'eventuale arbitrio pubblico. In quest'ultimo caso, dunque, legittimo è quel provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione che di minor pregiudizio per l'interesse privato e nello stesso tempo, però, sia adeguato al perseguimento dell'interesse pubblico (imposizione del mezzo più mite). È importante considerare, infatti, dove e quanto si è importato tale principio e cioè come meglio specificato altrove all'inizio del secondo dopoguerra e come risposta agli orrori compiuti dai regimi totalitari fascisti in nome del "bene comune" o "interesse pubblico".

spesso, però, veniva confuso con esso,⁴¹⁹ non convinceva appieno i togati amministrativi e così accanto ad esso comparve gradualmente, seppur timido, un vero e proprio sindacato di proporzionalità.⁴²⁰

⁴¹⁹ La dottrina più tradizionale italiana ha da sempre considerato la proporzionalità come una declinazione del principio di ragionevolezza. Sul punto vedasi più ampiamente PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 2006, 723 e ss.

Secondo tale autrice dall'esame della giurisprudenza i giudici usano in maniera fungibile l'espressione "principio di proporzionalità", "principio di ragionevolezza", menzionando raramente il fatto che si tratta di un principio di matrice comunitaria e raramente si trova un riferimento espresso all'indagine cosiddetta "trifasica" di matrice tedesca e comunque tale presa di coscienza dei giudici è avvenuta da una quindicina di anni ed in specifico prima con il rinvio ai principi comunitari operati dall'articolo 1, comma 1, della legge 241/1990 ed infine con la riforma dell'articolo 117 Costituzione. Secondo la stessa, tuttavia, è l'utilizzo del modello trifasico che permette un vero controllo di legittimità sostanziale da parte del giudice amministrativo e alla amministrazione di agire in maniera più accurata, motivando in modo più accurato i propri provvedimenti. Secondo un'altra parte della dottrina, i due concetti generali della proporzionalità e della ragionevolezza non coincidono necessariamente, pur potendo coincidere, dal momento che la ragionevolezza attiene al contenuto o meglio al merito ed offre parametri dettati dal contesto socio – culturale esistente, mentre la proporzionalità attiene al metodo e cioè alla modalità di applicazione dei parametri della ragionevolezza. Detta in altra maniera: "la ragione detta alla proporzione le proprie scale di valori, le proprie coordinate di riferimento, i propri standard di valutazione, la proporzione applica oggettivamente quelle scale di valori, quelle coordinate di riferimento in modo commisurato (proporzionato): tale cioè da garantire coerenza, stabilità, omogeneità di apprezzamento." Sul punto vedasi COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 1203, 1204.

Secondo LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità ed integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese ed italiano*, *op. cit.*, 475 e ss., esisterebbero due direttive operate dalla giurisprudenza più recente: la prima che seguirebbe più o meno pedissequamente il principio nella sua struttura a tre stadi (idoneità, necessarietà, adeguatezza), la seconda più propensa a far coincidere la proporzionalità con la sola "necessarietà", intesa come scelta del "mezzo più mite" e sarebbe il filone più seguito (si tratterebbe di realizzare l'interesse pubblico con il minor sacrificio per il privato) soprattutto in tema di sanzioni disciplinari. Secondo tale autrice, in sostanza, tale principio dovrebbe permettere un vero e proprio sindacato giurisdizionale che non dovrebbe travalicare, però, la soglia del merito e per questo dovrebbe rimanere uno strumento flessibile poco compatibile con la rigida struttura trifasica del modello tedesco.

Secondo BUONFINO, *Il servitore infedele. Notazioni sistematiche sulla proporzionalità delle sanzioni disciplinari tra canone di ragionevolezza e prestigio istituzionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, *op. cit.*, 678, la giurisprudenza italiana continua a identificare il criterio della proporzionalità alla stregua di un mero corollario del principio di ragionevolezza, in specifico per i provvedimenti disciplinari. In definitiva i giudici amministrativi riconducono nell'alveo dell'eccesso di potere la valutazione della proporzionalità. Secondo lo stesso BUONFINO un completo riconoscimento della proporzionalità come categoria morfologicamente distinta rispetto ad altre figure apparentemente simili collegate al vizio di eccesso di potere (in particolare il canone di ragionevolezza) è ancora ben lontano da

La direzione imboccata dalla giurisprudenza amministrativa è stata, infatti, quella di elaborare delle figure sintomatiche di eccesso di potere,⁴²¹ alcune delle quale riferibili proprio al principio di proporzionalità.

La proporzionalità, però, è un principio che ha una portata più ampia dell'eccesso di potere, anche perché permette di includere nella sindacabilità fattispecie che altrimenti rientrerebbero nel puro merito amministrativo.^{422 423}

Il principio di proporzionalità è divenuto nel tempo uno dei principi guida della discrezionalità amministrativa e non solo, ma a lungo non era stato accolto come principio esplicito da parte del nostro legislatore.

A partire dalla metà degli anni Novanta tale principio trova accoglimento anche dal nostro legislatore, soprattutto in norme di diritto amministrativo di attuazione di direttive comunitarie, per poi espandersi anche gradualmente a materie esclusivamente nazionali, come principio generale dell'ordinamento giuridico, ma è nel 2001 che il principio ha assunto rilievo costituzionale grazie all'articolo 117, primo comma, Costituzione che rinvia al diritto comunitario e nel 2005 esso si impone a pieno titolo con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, che modifica ed integra la legge 7 agosto 1990, n. 241, che ha inserito all'articolo 1, comma 1, fra i principi da cui è retta l'attività amministrativa, i principi dell'ordinamento comunitario e quindi, anche il principio di proporzionalità.

realizzarsi, *op. cit.*, 691, e COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 55, imputa tale fatto in particolare alla assenza di riconoscimento esplicito da parte del legislatore costituzionale. Tuttavia BUONFINO, *op. cit.*, 709, continua a ribadire testualmente la necessità di differenziare la proporzionalità dalla ragionevolezza, in quanto principi che richiedono metodi e valutazioni distinte. Il canone di proporzionalità consiste nella possibilità di vagliare la legittimità del provvedimento mediante la misurazione del potere discrezionale della pubblica amministrazione nella attività di scelta dello strumento da utilizzare per la cura dello strumento protetto, cosa non possibile, invece, per il sindacato di ragionevolezza che riguarda solamente le variabili esterne al provvedimento stesso.

⁴²⁰ Cons. St., sez. V, 3.04.1990, n. 332, in *Riv. Giur. Ed.*, 1990, I, p. 544 ss.; Cons. St., sez. V, 18.2.1992, n. 132, in *Cons. Stato*, 1992, 467 ss.

⁴²¹ Secondo la dottrina tali figure sintomatiche coincidono di volta in volta con difetto di istruttoria procedimentale, vizio della motivazione o manifesta ingiustizia. Sul punto vedasi LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità ed integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese ed italiano*, *op. cit.*, 480.

⁴²² BUOSO, *Dialogo tra le corti e principio di proporzionalità* dagli Atti del I, Convegno dei Colloquia, *op. cit.*, 430.

⁴²³ BUOSO, *Proporzionalità, Efficienza ed accordi nell'attività amministrativa*, *op. cit.*, 204.

Tale principio, ora, permea tutte le attività che richiedono l'esercizio del potere pubblico, da quelle legislative a quelle propriamente amministrative.

Importante precisare, comunque, che l'ordinamento italiano o meglio la giurisprudenza italiana, ciononostante, continua a riservare grande rispetto alla insindacabilità delle scelte di merito amministrativo ed è perciò anche in quest'ottica che il principio di proporzionalità deve essere esaminato.⁴²⁴

Tuttavia anche se dalle enunciazioni delle sentenze pronunciate sembrerebbe che lo schema seguito fosse quello a tre scalini tedesco, il terzo gradino della proporzionalità secondo lo schema germanico sopraccitato, la c.d. proporzionalità in senso stretto, che è quello dai contorni più vaghi, è quello che è stato tralasciato di più dai giudici italiani, dal momento che è quello che maggiormente comporta il rischio di trasformare il sindacato di legittimità del giudice amministrativo in un controllo di merito, non praticato nel sistema giudiziario italiano, per il tradizionale rispetto della separazione dei tre poteri dello Stato.⁴²⁵

Secondo la dottrina, caratteristica del principio di proporzionalità italiano è quello di un estremo pendolarismo fra la tendenza alla protezione ed alla cura dell'interesse pubblico e la tutela della sfera degli interessi dei privati.

Un modo per conciliare i due interessi (interesse pubblico e privato) che appaiono contrapposti e per superare gli eventuali conflitti tra merito e legittimità amministrativa è quello assunto recentemente dalla "nuova proporzionalità" che prevede l'ampia partecipazione dei cittadini al procedimento amministrativo e la possibilità di accordi. Si cerca, quindi, secondo una parte della dottrina, di superare a monte il problema di

⁴²⁴ Su questo la giurisprudenza italiana è in linea con la giurisprudenza inglese e francese che per lungo tempo hanno accolto con diffidenza il principio di proporzionalità. Per un approfondimento comparatistico vedasi BUONFINO, *Il servitore infedele*, op. cit.

⁴²⁵ BUOSO, *Proporzionalità, efficienza ed accordi nell'attività amministrativa*, op. cit., 224. Consiglio di Stato, sez. VI, 1.04.2000, n. 1885, in *Riv.it.dir.pubbl.com*, 2000, 439 ss. Tuttavia sul punto non vi è unanimità di vedute, dal momento che una parte della dottrina ritiene che la giurisprudenza rispetto al principio di proporzionalità segua due direttrici distinte, una tendente a dare attuazione alla sua struttura a tre stadi secondo il modello tedesco e l'altra "più incline a far coincidere la proporzionalità con la sola necessità intesa come scelta del mezzo più mite". Suo punto vedasi esplicitamente LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità ed integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese ed italiano*, in *Riv. It. dir. pubb. comunit.*, 2011, 477, 478. Anzi secondo una parte della dottrina COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, op. cit., 1203, la tendenza in Italia è quella di far coincidere in modo grossolano la configurazione della proporzionalità in generale con uno solo dei suoi elementi che concorrono congiuntamente a darle volto e cioè la necessità o necessità.

eventuali arbitri nell'esercizio del potere pubblico anticipando la tutela del privato cittadino pur nel rispetto della tutela dell'interesse pubblico.

In questo caso si assiste, dunque, ad una ulteriore evoluzione del principio che appare attualmente come la sintesi della tutela dei principi di garanzia della situazione giuridica ed il principio di efficienza ed economicità.

Il giudice amministrativo italiano, infatti, individua ora come conforme al principio di proporzionalità la misura amministrativa più efficiente, da intendersi sia in termini di interessi pubblici perseguiti sia in termini di ottimale bilanciamento degli interessi in conflitto, compresi quelli dei privati.⁴²⁶

7. Il giudizio di proporzionalità nella previsione legislativa di sanzioni pecuniarie

Per quanto attiene all'interesse del presente studio, tuttavia, è opportuno soffermarsi brevemente sul principio di proporzionalità da osservarsi nella redazione dei testi legislativi che prevedono sanzioni pecuniarie.

Il principio di proporzionalità, da quanto esposto sopra, infatti, risulta essere un essenziale principio guida non solo nella prassi degli amministratori pubblici e dei giudici costituzionali ed amministrativi, ma dovrebbe essere di orientamento anche per il Legislatore⁴²⁷ che nella previsione normativa⁴²⁸ dovrebbe tarare sempre la risposta dell'ordinamento alla effettiva gravità dei comportamenti antigiuridici, valutando attentamente il giusto modo di tutelare l'interesse pubblico perseguito.

Tale principio dovrebbe, quindi, uniformare il comportamento del legislatore che sarebbe tenuto a valutare la proporzionalità in astratto di ogni reazione all'illecito descritto, tenendo conto, però, anche della possibilità anche in concreto di applicazione di una norma, che deve poter essere rispettata anche all'atto dell'esecuzione sia da parte degli operatori pubblici che da parte della magistratura all'atto del controllo.

⁴²⁶ BUOSO, *Proporzionalità, efficienza ed accordi nell'attività amministrativa*, op. cit., 255.

⁴²⁷ Lo stesso legislatore comunitario è stato del resto censurato anche in passato dalla Corte di giustizia CE in merito alla violazione del principio di proporzionalità nella redazione di regolamenti o atti normativi comunitari. Vedasi al riguardo per un rapido raffronto Corte di giustizia comunità Europee, 05/07/1977, n. 114/76,

⁴²⁸ In dottrina c'è chi si è espresso in termini di eccesso di potere legislativo. Sul punto vedasi COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, op. cit., 1202.

Questa riflessione vale in modo particolare e per quanto concerne la presente ricerca nel campo delle sanzioni penali, amministrative, disciplinari pecuniarie e no.

Il principio di proporzionalità sotto questo aspetto, in sostanza, implica che le sanzioni non devono risultare in ogni caso eccessive rispetto al fine perseguito e comunque che sempre è necessario modellare la reazione dell'ordinamento al grado di lesione effettiva del bene giuridico tutelato e a seconda della importanza dell'interesse giuridico oggetto di tutela.

Eventuali sanzioni pecuniarie svincolate da questi criteri potrebbero, infatti, risultare sottodimensionate o sovradimensionate e quindi essere viziate per un *deficit* punitivo o un eccesso punitivo, a tutto detrimento della effettiva tutela degli interessi pubblici che si intendono salvaguardare.

In caso di sanzioni pecuniarie, in particolare, il legislatore dovrebbe ragionare non solo in termini di proporzionalità della sanzione dal punto di vista qualitativo, ma anche quantitativo, alla luce del principio in esame per garantire veramente l'efficacia della funzione afflittiva, nel senso che non solo la determinazione dell'importo in astratto deve essere contenuta, ma anche deve essere adattabile al caso concreto, tenendo conto contestualmente della "gravità della violazione" e del raggiungimento o meno degli obiettivi cui la previsione sanzionatoria mira e dell'importanza e rilevanza anche comunitaria attribuita all'interesse pubblico perseguito.

La misura sanzionatoria, infatti, non dovrebbe concretizzarsi come effetto giuridico conseguente alla semplice violazione di una norma, ma come lo strumento giuridico predisposto dall'ordinamento per il raggiungimento di uno scopo pubblico ben determinato.

Se si segue la classica struttura del modello di proporzionalità tedesco a tre scalini, il Legislatore nel configurare la fattispecie e la relativa reazione pecuniaria dovrebbe costruire la misura sanzionatoria in termini di idoneità, necessità e di adeguatezza o proporzionalità in senso stretto o quantomeno nel rispetto dei criteri fatti propri da diritto comunitario, come sopra meglio descritto.

Nella costruzione della fattispecie sanzionatoria, in sostanza, il legislatore dovrebbe continuamente tener presente il bene giuridico tutelato e verificare se il comportamento antiggiuridico descritto merita un tal tipo di reazione o se il fine potrebbe essere perseguito più efficacemente altrimenti, in maniera più mite e meno conflittuale. Le sanzioni amministrative, ma anche quelle disciplinari sono costruite e mutate di fatto dal modello penale e da sempre si è ritenuto che la misura della pena deve rispecchiare

la gravità del reato⁴²⁹ ed anche la funzione di prevenzione generale deve essere intesa come dissuasione dal ripetere il comportamento illecito che dovrebbe basarsi più sulla condivisione dei valori tutelati e meno sullo schema minaccia – paura.

Infine ogni tipologia sanzionatoria dovrebbe essere costruita in maniera diversificata, a parere di chi scrive, anche a seconda se vi è o meno pregiudizio effettivo o quantomeno potenziale dell'interesse giuridico tutelato e graduando la risposta sanzionatoria, dunque, in conseguenza di una violazione più o meno formale dello stesso. La sanzione pecuniaria di qualsiasi natura sia, infatti, come è noto, ha una funzione diversa dal risarcimento danni della sanzione civile, pur di fatto condividendo con essa il fatto di apportare anch'essa un vantaggio sotto forma di compensazione patrimoniale all'ente impositore. Quindi una costruzione della sanzione che non tenga conto dei fattori sopra descritti potrebbe prestare il fianco a severe obiezioni di irrazionalità e potrebbe incorrere nel sospetto di illegittimità costituzionale anche sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza ex articolo 3 della Costituzione, oltre che potrebbe essere censurabile alla luce del principio di proporzionalità oggetto della presente riflessione, se non addirittura valutabile anche come violazione dell'articolo 27, comma terzo della Costituzione, secondo quanto inteso dalla stessa Corte Costituzionale.⁴³⁰

In particolare sarebbe cosa opportuna che il legislatore nazionale si uniformasse anche al sistema sanzionatorio previsto da altri Stati europei per la medesima fattispecie,

⁴²⁹ Tale principio trae origine dalla c.d. tesi retributiva secondo la quale la proporzione è connessa a quell'idea di giustizia per cui al "male" deve corrispondere il "male", in un rapporto proporzionale che assicura che la pena non diventi ingiusta, perché non meritata oppure irrisoria. Sul punto vedasi PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2011, 31; SALVATI, *Principio di proporzionalità e sanzioni da ritardo nell'adempimento dell'obbligazione tributaria*, op. cit., 573. Infine è afferente alla concezione penale della pena il concetto di proporzione fra fatto pregiudizievole e sanzione e tale concetto, come ricorda anche AQUILANTI, *Le sanzioni tributarie amministrative per le violazioni della disciplina IVA al vaglio europeo di proporzionalità*, in *Rassegna tributaria*, 2014, fasc. 3, nota 38 rinviando ad autorevole dottrina, costituisce un "parametro essenziale di qualsiasi teoria reazionale e moderna sulla funzione della pena, FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, Bologna, 6 ed.°, 2009, 709. Lo stesso principio è rinvenibile, in via indiretta, nella legge generale sulle sanzioni amministrative, di cui all'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689. Su questo punto SALVATI, *Principio di proporzionalità e sanzioni da ritardo nell'adempimento dell'obbligazione tributaria*, op. cit., 572.

⁴³⁰ Corte Costituzionale, 2 luglio 1990, n. 313, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2772 con la quale afferma che è nell'articolo 27, comma 3, Cost. che il principio di proporzionalità trova accoglienza rispetto alla sanzione.

soprattutto se il sistema sanzionatorio è previsto per dare attuazione o salvaguardare anche interessi di natura comunitaria o internazionale.

Il Legislatore nazionale del resto non è completamente libero nella determinazione delle sanzioni, dal momento che, come visto, tale esercizio del potere è limitato dalla cogenza del principio generale di proporzionalità come inteso dalle stesse Corti europee, nel rispetto degli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese.⁴³¹

Una sanzione non proporzionata, infine, potrebbe ingenerare il pericoloso malcelato sospetto che le norme sanzionatorie in questione non abbiano altro fine in realtà che ottenere un entrata impropria per lo Stato, piuttosto che concepite per la tutela del bene pubblico o dell'interesse giuridico proclamato.

Dopo queste considerazioni preliminari ed alla luce dei principi illustrati è possibile procedere all'esame in particolare dell'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, anche sotto il profilo della proporzionalità.

8. L'articolo 15 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 alla luce del principio di proporzionalità: sua probabile incostituzionalità

La formulazione dell'articolo 15 in oggetto è ambigua non solo sotto il profilo della natura, ma anche sotto il profilo del principio di proporzionalità valutato in astratto ed in concreto secondo le riflessioni appena compiute.

Nel redigere la norma il Legislatore, infatti, sembrerebbe avere tenuto presente solo il fine preventivo ed afflittivo della disposizione, pensata con l'unico obiettivo della salvaguardia dell'interesse pubblico coincidente nella tutela della trasparenza a scopi anticorruzione.

Senza alcun dubbio il bene giuridico tutelato è rilevante sia in ambito nazionale che europeo, ma, come è detto già ampiamente precedentemente, nella formulazione della norma il legislatore non è completamente libero, ma vincolato al rispetto di alcuni limiti.

Se si esamina la formulazione della norma in astratto alla luce dei tre scalini della proporzionalità secondo il modello tedesco è possibile osservare che, rispetto ai primi

⁴³¹ Corte di Giustizia UE, sez. II, 19 luglio 2012, n. 263, Caso Ainars Redlihs c. Valsts Ienemumu Dienests, punto 44, in Boll. Trib. *On - line*: “Gli stati membri possono scegliere le sanzioni che sembrano loro appropriate. Essi sono tuttavia tenuti ad esercitare la loro competenza nel rispetto del diritto dell'Unione e dei suoi principi generali e, di conseguenza, nel rispetto del principio di proporzionalità”.

due criteri, la formulazione del precetto e della sua conseguenza risulta idonea e necessaria, ma non adeguata. Infatti, il mezzo impiegato, cioè la sanzione di qualunque natura sia è sicuramente idonea a raggiungere il fine della tutela della trasparenza e quindi della prevenzione ed anche probabilmente necessaria, se si vuole garantire effettivamente la realizzazione di una pubblica amministrazione visibile all'esterno e quindi facilmente controllabile, ma non certamente, a parere di chi scrive, adeguata per eccesso punitivo⁴³². La semplice mancata pubblicazione di un incarico di collaborazione o consulenza a soggetti esterni, che come meglio descritto sopra, comporta l'esborso anche di importi elevati, non giustifica l'irrogazione di una sanzione pari all'importo corrisposto. Se queste considerazioni sono vevoli in astratto, in concreto, infine, tale principio è violato sotto molteplici profili. Prima di tutto perché la sanzione prevista è fissa e quindi non tiene conto della possibilità di graduazione della risposta sanzionatoria a seconda del caso concreto, per poter essere considerata proporzionata in special modo considerando fattori come la gravità del comportamento del lavoratore che implica la considerazione delle particolari circostanze in cui è stata commessa l'infrazione e la valutazione dell'intensità dell'elemento intenzionale, ma anche della eventuale recidiva, come già evidenziato in più punti nel corso della ricerca. Anche dal punto di vista applicativo e dal punto di vista del controllo giurisdizionale la presente osservazione merita qualche osservazione e cioè il fatto che ci troviamo di fronte ad una previsione di una attività vincolata della pubblica amministrazione, più attinente alla discrezionalità tecnica, non valutabile dal giudice amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere e non valutabile, quindi, neppure sotto il profilo dei requisiti di legittimità e razionalità dell'agire pubblico che permetterebbero di evitare che il potere pubblico si trasformasse in arbitrio, da intendersi come abuso.

La discrezionalità in campo sanzionatorio disciplinare e non solo, renderebbe, infatti, effettivo il principio di proporzionalità, perché permetterebbe all'ente pubblico sanzionante di adottare quel provvedimento che anche sotto il profilo della quantità sia il meno pregiudizievole possibile, sempre nell'ottica della giusta proporzione dell'obiettivo pubblico da perseguire e permetterebbe anche al giudice il giusto controllo sull'operato della pubblica amministrazione.

⁴³² Tuttavia è bene osservare, come già ampiamente illustrato precedentemente, non sembra questa la preoccupazione del nostro legislatore che anche in questo caso sposerebbe un concetto più restrittivo di proporzionalità, coincidente con i due primi elementi del test di verifica proposti dal modello tedesco.

Secondo la Corte europea di Giustizia,⁴³³ infatti, il principio di proporzionalità è violato in sede legislativa tutte le volte in cui di fatto tale principio non può essere reso operativo in fase di applicazione pratica e questo, a parere di chi scrive, vale sia in caso di norma che conferisse all'amministrazione "poteri di scelta molto estesi" e quindi "il cui esercizio non venisse sottoposto ad alcuna condizione", quanto nel caso in cui all'operatore giuridico sia negata ogni possibilità di scelta in merito al concreto esercizio del potere discrezionale.

Il principio di proporzionalità, infatti, è bene ricordarlo, non è, infine, previsto solo nella accezione europea sopra illustrata, ma come principio contemplato anche dal nostro ordinamento, soprattutto quando si tratta di applicazione di sanzioni disciplinari applicate al lavoratore sia pubblico che privato e cioè nella versione descritta dall'articolo 2106 c.c. (richiamato dall'articolo 55, 2 comma, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165).

Non solo, ma l'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro, va sottolineato, è specificamente disciplinato dall'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (il c. d. Statuto dei lavoratori) che prevede precisi limiti quantitativi e qualitativi delle sanzioni da irrogare ed il rispetto di alcuni inderogabili principi, fra cui, appunto, quello della adeguatezza della sanzione, ovvero della proporzionalità fra infrazione e sanzione.

Tale articolo, dunque, a parere di chi scrive, sarebbe censurabile anche probabilmente sotto il profilo della legittimità costituzionale sotto molteplici profili. In primo luogo per violazione dell'articolo 117, comma 1, della Costituzione che indirettamente rinvia al principio di proporzionalità, in quanto principio fondamentale dell'ordinamento comunitario, secondo le considerazioni appena svolte.

Come violazione dell'articolo 3 della Costituzione sotto il profilo dell'uguaglianza in quanto:

- a) tratterebbe in maniera uguale situazioni concrete disuguali. Infatti non sarebbe possibile graduare la sanzione contemplata in relazione al concreto atteggiarsi degli eventi;
- b) l'automatismo insito nella norma non permetterebbe di considerare anche l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, tramutando di fatto la responsabilità conseguente in una sorta di responsabilità oggettiva non ammessa per le sanzioni nel nostro

⁴³³ Corte giust. CE, cause C- 463/00 e C – 98/01 richiamata da COGNETTI in *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, op. cit., nota 130.

ordinamento, se non per le sanzioni conseguenti alla responsabilità dirigenziale secondo la formulazione classica;

c) l'importo irrogato in astratto non terrebbe alcun conto della diversa capacità di reddito dei dirigenti che posseggono entrate differenti a seconda della fascia di appartenenza, ma anche a seconda dell'ente o della regione di provenienza;

Come violazione dell'articolo 36 della Costituzione in quanto si lederebbe il diritto del lavoratore ad una adeguata retribuzione, oltre al diritto a non essere privato dei mezzi di sussistenza, che si tradurrebbe anche nella violazione del diritto internazionale ad una esistenza libera e dignitosa, come espressa nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre che nella violazione dell'articolo 27 della Costituzione che garantisce che ogni individuo a non subisca trattamenti contrari alla propria umanità.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Affrontare un tema di ricerca sulla natura di una sanzione non è mai un campo di indagine facile, dal momento che esso è trasversale e molto spesso territorio di confine fra i vari rami del diritto interno, ma anche fra diritto interno e diritto europeo, che sempre più fa irruzione e detta “legge” nei sistemi giuridici degli stati membri, sconvolgendone le categorie e le classificazioni, come appurato anche dal presente studio.

Oltre alla difficoltà di questo tipo di indagine che comporta una accurata analisi di settori o rami del diritto diversi e la loro comparazione ai fini anche distintivi e delimitativi, si somma la difficoltà di trovare, in primo luogo, una consolidata e certa definizione di cosa sia in realtà una sanzione.

Definire cosa è sanzione, non è impresa sempre facile, anche se su questo, ormai, la dottrina, ma anche la giurisprudenza, hanno trovato un accordo almeno per quanto riguarda le sanzioni amministrative in specifico pecuniarie, grazie anche agli interventi della giurisprudenza delle Corte EDU che ha definitivamente caratterizzato in senso sostanzialmente afflittivo il concetto di sanzione in generale, anche se puramente ai fini della applicazione delle tutele convenzionali, oltre che, all'intervento del legislatore stesso che ha introdotto una disciplina generale sulle sanzioni amministrative pecuniarie con la legge 24 novembre 1981, n. 689.

Ancora maggiori difficoltà si riscontrano nella corretta individuazione della natura di sanzioni, come visto, dubbie, perché al confine fra una tipologia o l'altra.

Del resto, come già sottolineato in più punti soprattutto nel primo capitolo del presente lavoro, la natura di una sanzione classificata come appartenente ad un certa tipologia con il tempo è stata qualificata dallo stesso legislatore e dalla dottrina come appartenente ad un'altra.

È il caso delle sanzioni disciplinari che hanno trasmutato la loro natura da amministrativa a contrattuale, perché il rapporto stesso che lega un dipendente ad una pubblica amministrazione si è evoluto in maniera diversa.

Si è parlato di frode delle etichette, al riguardo, in particolar modo, quando si è temuto che qualificare una sanzione in un modo piuttosto che in un altro comportasse lesione di diritti e violazioni di principi e tutele costituzionali, ma anche internazionali.

È questa stata, soprattutto, la preoccupazione della giurisprudenza europea che da sempre ha privilegiato l'approccio sostanzialistico.

In questa sede, però, è anche opportuno osservare che, a parere di chi scrive, non esiste una chiara delimitazione e distinzione neppure fra i rami stessi del diritto e fra gli stessi istituti giuridici, nemmeno in rami del diritto una volta molto chiari, come il diritto civile e quello amministrativo, se si ammette l'esistenza di strumenti anche sanzionatori di pura matrice civilistica, come le *astreintes* che non sono considerate, infatti, forme risarcitorie, ma riparatorie, forme di coercizione, affinché una determinata prestazione venga effettuata, che in alcuni casi, però, avrebbero anche una funzione addirittura sanzionatoria.

Lo stesso stato di confusione permea i tribunali che molto spesso si arrogano un potere che non avrebbero quale quello della creazione del diritto e non della pura interpretazione.

Così la classica tripartizione dei poteri dello Stato di diritto, legislativo, esecutivo e giudiziario non sarebbe rispettata, se come osservato, da una parte della dottrina, i tribunali hanno anche poteri sanzionatori, seppur speciali.

Si è parlato, quindi, anche di incertezza delle regole, ma soprattutto di incertezza del diritto.

Tale incertezza si è acuita con l'entrata del nostro Paese nell'Unione europea e gli interventi dei tribunali sovranazionali che hanno creato un nuovo diritto di dubbia applicazione diretta indiscriminata, che non tiene conto, perciò, di tutta una serie di fattori, ma anche delle tradizioni giuridiche di ciascuno stato membro e di costruzioni giuridiche millenarie.

Proprio in merito alle qualificazioni sostanziali, in particolare, di ciò che è sanzione ed in specifico, se penale o amministrativa o disciplinare, o cosa sia un illecito amministrativo, territorio questo particolarmente ambito, dalla giurisprudenza comunitaria, perciò, come già anticipato nelle conclusioni al capitolo I, non si ritiene che le Corti di Strasburgo possano essere invocate per rifondare o riclassificare interi istituti giuridici, come ci ricorda del resto anche una recente sentenza della Corte Costituzionale⁴³⁴ che a questo espresso riguardo ha rivendicato autonomia, soprattutto rispetto a cosa è un illecito amministrativo.

La natura di una sanzione, dunque, si ricava da altri elementi, ed in specifico dalla volontà del legislatore e dalla costruzione dell'illecito cui è collegata, seguendo anche la

⁴³⁴ Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49 (soprattutto § 6.1).

tradizione storica dell'istituto che tiene conto della *ratio* ovvero degli scopi, per cui si è previsto questo strumento piuttosto che un altro.

Tuttavia è bene evidenziare che la situazione di confusione ed incertezza che prevede commistioni fra rami e settori diversi, connota anche il lavoro del legislatore nel momento di creazione della norma, che molto spesso nella descrizione di un illecito e del suo conseguente apparato sanzionatorio ha in mente istituti giuridici diversi e forse anche fini diversi.

È questo il caso esaminato dal presente studio, previsto dall'articolo 15, comma 3 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, la cui costruzione è, probabilmente, pensata più per una fattispecie di tipo penale e comunque tenendo conto di un'unica finalità dell'intero impianto legislativo, che è quella della prevenzione della corruzione, visto l'approccio più afflittivo che preventivo e considerata la gravità della reazione, che contempla un importo anche potenzialmente molto elevato della sanzione.

Questa confusione iniziale ha determinato una ambiguità nella stesura della norma, del tipo di responsabilità e della conseguente sanzione, formulazione che ha pochi elementi certi di qualificazione, individuati unicamente nel tipo di procedimento, nella posizione del trasgressore qualificato come dirigente e nella tipologia di sanzione che è di tipo pecuniario.

Questa ambiguità di formulazione non permette l'individuazione di una sanzione certa che consentirebbe anche l'identificazione esatta delle conseguenze giuridiche che tale qualificazione determina., a tutto discapito della certezza del diritto.

Il problema, del resto, non è di poco conto, dal momento che non si tratta unicamente di un approccio essenzialmente definitorio, ma anche immediatamente pratico, dal momento che molto spesso una sanzione ambigua, poco chiara ed incerta o almeno non univoca, non è di fatto applicabile, come già osservato nella trattazione del presente studio e comunque, oggetto anche di altre considerazioni giuridiche, quali quelle della sua costituzionalità.

Pur condividendo le osservazioni fatte dalla dottrina e dalla giurisprudenza anche comunitaria, con le riserve parimenti appena espresse, che in assenza di una espressa qualificazione, la natura di una sanzione può essere dimostrata anche alla luce della complessiva valutazione di differenti elementi, cosa infatti, che si è tentato di fare con il presente lavoro, a conclusione del presente studio, si ribadisce, dunque, l'importanza dell'intervento chiarificatore del legislatore, per la corretta qualificazione della fattispecie in esame, così come avvenuto in corso di ricerca per l'altra fattispecie che ha

dato l'avvio alla presente indagine e cioè quella prevista dall'articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

ABSTRACT (DE)

Ziel dieser Forschungsarbeit war es, die Natur der Geldbußen zulasten von öffentlichen Beamten nach Inkrafttreten des Einheitstextes über Transparenz und Bestechungsbekämpfung zu untersuchen.

Nach den Reformen mit dem Gesetz Nr. 190 vom 6. November 2012 und den einschlägigen Durchführungsbestimmungen (gesetzesvertretendes Dekret Nr. 33 vom 14. März 2013, sog. Einheitstext zur Transparenz, gesetzesvertretendes Dekret Nr. 39 vom 8. April 2013 und Dekret des Präsidenten der Republik Nr. 62 vom 16 April 2013, sog. Verhaltenskodex) wurden die Verantwortung und somit auch die Sanktionsregelung im Bereich der Arbeit der Angestellten des öffentlichen Dienstes verschärft.

Mit dem gesetzesvertretenden Dekret Nr. 33 vom 14. März 2013 wurden insbesondere zwei Artikel eingeführt, welche die bereits bedeutende Verantwortung zulasten der Arbeiter der öffentlichen Verwaltung erschweren.

Das Grundproblem liegt vor allem im Wortlaut der Artikel 15 und 47 des gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 33 vom 14. März 2013, welche die Durchführung des Artikel 1, Absatz 35, des Gesetzes Nr. 190 vom 6 November 2012 normieren.

Artikel 15, Absatz 3 sieht die Zahlung einer Strafe am Ende eines Disziplinarverfahrens vor. Diese Strafe besteht in der Höhe des Betrages der Vergütung zulasten der Führungskraft, welche den Auftrag einem im Absatz 2 genannten externen Subjekt erteilt hat, ohne dabei die notwendigen Veröffentlichungspflichten wahrzunehmen. Davon unbeschadet bleibt der eventuelle Schadensersatz des Empfängers, sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen (rechtswidriger Schaden aufgrund unrechtmäßiger Ausübung der Verwaltungstätigkeit – Verletzung der subjektiven Rechte und rechtmäßigen Interessen).

Artikel 47 sah Verwaltungsbußen zwischen 500 bis 10.000 Euro zulasten der für die Verletzung der unterlassenen Veröffentlichung verantwortlichen Person vor. Diese Verwaltungsbußen wurden von ursprünglich von der zuständigen Verwaltungsbehörde auferlegt, wobei diese letztere nicht klar definiert war.

Aufgrund der unklaren Formulierung dieser Artikel ist die wahre Natur dieser Sanktionen nicht „*ictu oculi*“ erkennbar.

Aus dem Wortlaut der Bestimmungen konnte nicht klar entnommen werden ob es sich um eine neue Art von Disziplinarstrafe, oder vielmehr um eine Verwaltungsbuße oder eine andere Art von Geldstrafe handelt.

Die Entscheidung für eine dieser beiden vorgenannten Qualifizierungen eröffnet verschiedene Problematiken und Rechtsfolgen sowohl auf substantieller als auch auf prozessrechtlicher Ebene.

Eine Lösung der Grundproblematik konnte in der vorliegenden Arbeit gefunden werden, nachdem im Kapitel I ein kurzer Überblick über den Begriff Sanktion als Reaktion auf eine unerlaubte Handlung geboten wird. Ausgangspunkt ist dabei die allgemeine Kategorie des „bestrafenden Rechts“, welches laut den Rechtstheoretikern ein sehr weiter Begriff ist und als solcher sowohl Straftaten als auch Ordnungswidrigkeiten sowie Disziplinarvergehen und Steuerdelikte umfasst.

Es wurde versucht hervorzuheben, dass die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten von Sanktionen nicht immer einfach ist, auch weil sich ihre Natur oftmals vermischt.

In der nationalen Rechtslehre herrscht die Meinung, dass das wichtigste Kriterium zur Unterscheidung der Natur der verschiedenen Sanktionen das formale Kriterium ist, bzw. der vom Gesetzgeber vorgesehene Titel der Sanktion oder ihre Beschreibung.

Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte schließt sich dieser Meinung hingegen nicht an. Mit dem Urteil Engel wurden die substantiellen Kriterien festgelegt, aufgrund denen, die Art einer Sanktion zu bestimmen ist und zwar das Kriterium der juristischen Qualifizierung der Maßnahme, bzw. der vom Gesetzgeber vorgesehene Titel, das Kriterium der Natur der Maßnahme oder des Vergehens und der Schweregrad der Sanktion. Insbesondere das letztere Kriterium wurde in der jüngsten Rechtsprechung häufig angewandt um eine Sanktion als strafrechtlich zu qualifizieren.

Es konnte jedenfalls hervorgehoben werden, dass das Kriterium der Schwere einer Sanktion von Fall zu Fall beurteilt werden muss und, dass auch eine unter dem finanziellen, quantitativen Aspekt sehr schwerwiegende Sanktion nicht immer Kennzeichen für eine Strafmaßnahme ist.

Daher muss stets auf den Willen des Gesetzgebers Bezug genommen werden.

So wurden im Kapitel II der Forschungsarbeit weiters die verschiedenen Arten von Geldstrafen untersucht, wobei besonderer Fokus auf die Merkmale der Verwaltungsstrafen und die geldlichen Disziplinarstrafen zulasten der Führungskräfte gelegt wurde, so wie sie vom Gesetzgeber bestimmt und auch in ihrer historischen Entwicklung beschrieben wurden.

Zudem wurden die Geldstrafen wegen sogenannter Schädigung der Staatskasse und wegen ordnungswidrigen Verhaltens der Führungskraft behandelt; auch im letzteren Fall kann man nämlich von einer Geldstrafe sprechen, die in der Kürzung der Ergebniszulage besteht

Kapitel III ist der Kern der Studie, da in diesem Teil die Geldstrafen zulasten der öffentlichen Bediensteten nach Inkrafttreten des Einheitstextes über Transparenz und Bestechungsbekämpfung beschrieben sind. Insbesondere wurde versucht die Natur der Sanktion gemäß Artikel 15 des gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 33 vom 14. März 2013, in der mit gesetzesvertretendem Dekret Nr. 97 von 2016 geänderten Fassung, auszumachen.

Hinsichtlich Art. 47 des vorgenannten Dekretes wurde die Natur bereits vom Gesetzgeber geklärt, welcher festhält, dass es sich um eine von der nationalen Behörde zur Betrugsbekämpfung (ANAC) auferlegte, geldliche Verwaltungsstrafe handelt.

Dies lässt die Schlussfolgerung zu, dass es sich bei der Sanktion gemäß Artikel 15 zulasten des Vorgesetzten um eine unübliche Geldstrafe bei Beibehaltung des Arbeitsplatzes handelt, die am Rande der Haftung der Führungskraft angesiedelt ist und in Teilen mit dieser übereinstimmt. Es handelt sich um eine unübliche Geldstrafe, da sie laut den näher in der Forschungsarbeit dargelegten Untersuchungen nicht der *Ratio* der disziplinarrechtlichen Haftung entspricht, welche nicht hauptsächlich bestrafende Wirkung hat, sondern das korrekte Funktionieren der Erwerbstätigkeit wiederherstellen soll.

Im hier untersuchten Fall wird mit dieser Sanktion nämlich nicht eine tatsächliche Ineffizienz der öffentlichen Verwaltung bestraft, sondern vielmehr die Verletzung eines Prinzips, welches nun verfassungsrechtlichen Rang hat und mit einem überstaatlichen Ziel - die Vorbeugung der Korruption - in Verbindung steht.

Weiters konnte festgestellt werden, dass lediglich der Wortlaut der Norm eine Qualifizierung erlaubt, da er auf die Art des Verfahrens zur Feststellung der Natur der Haftung verweist, bzw. das Disziplinarverfahren. In Ermangelung anderer Elemente, wird die Qualifizierung einer Sanktion auch von der Art des vom Gesetzgeber festgelegten Verfahrens - Prozesses bestimmt, wie im Kapitel I dargelegt.

Die Abweichung besteht jedoch nicht nur in der Formulierung der Sanktion, die nicht jener der Sanktionen für disziplinarrechtliche Verstöße im öffentlichen Dienst entspricht, sondern auch - wie bereits im Vorwort dieser Studie festgestellt werden konnte - in dem vorgesehenen Betrag, welcher auch sehr hoch sein kann. Dies rechtfertigte die Fortsetzung dieser Forschung im Kapitel IV, in welchem die

Verhältnismäßigkeit der Normen und somit die Verhältnismäßigkeit der Festlegung von Geldstrafen seitens des Gesetzgebers, behandelt wurde.

Es wurde hervorgehoben, dass die Sanktionen in Bezug auf das verfolgte Ziel nicht überhöht erscheinen dürfen. Eine Geldstrafe darf nämlich weder unter- noch überdimensional erscheinen, da sie nicht von einem Mangel aber auch nicht von einem Überschuss an bestrafendem Charakter gekennzeichnet sein darf, sodass kein Nachteil des effektiven von der Norm verfolgten Schutzes des öffentlichen Interesses vorliegt.

Abschließend konnte die Verfassungswidrigkeit des Artikel 15 des „Transparenz – Dekretes“ aufgrund der Verletzung der Artikel 117, Absatz 1, sowie Artikel 3 und 36 der Verfassung festgestellt werden.

In den Schlussfolgerungen wird schließlich die Notwendigkeit eines klärenden Eingriffs von Seiten des Gesetzgebers unterstrichen, da ein in der Formulierung mehrdeutiges Gesetz in der Praxis nicht anwendbar ist.

BIBLIOGRAFIA

INDICE DEGLI AUTORI

I numeri indicano le pagine in cui le opere sono state citate per la prima volta. Ad ogni indicazione di pagina possono corrispondere più opere dello stesso Autore.

ABBADESSA: 28.
ALBO - SMIROLDO: 118.
ALESSI: 48.
AQUILANTI: 192.
ARDIZZONE: 47:
BARASSI: 49; 79.
BASSI: 107.
BATTINI: 80.
BECCARIA: 176.
BENVENUTI: 15.
BERNARDI: 19.
BERNARDI - ZODA: 11.
BERTONI - LATTANZI- LUPO - VIOLANTE: 40.
BIANCA: 9.
BILANCIA – CALIFANO - del FEDERICO - PUOTI: 183.
BOGETTI: 112;
BONELLI: 119.
BORGOGELLI: 81; 105; 164.
BOSCATI: 96, 104; 164.
BOTTINO: 65.
BUONFINO: 175, 179, 184.
BUOSO: 177; 188; 190.
BUSCEMA A.: 102.
CAFAGNO: 65.
CALVANO: 34.

CAMMEO: 7; 46.
CAMPEIS - DE PAULI: 32.
CANAPARO P: 150.
CANNADA BARTOLI: 13.
CARACCIOLI: 69.
CARDIN: 13
CARINCI – DE LUCA TAMAJO – TOSI – TREU: 51.
CARINCI: 82; 104.
CARTABIA: 33; 184; 186.
CASETTA: 13; 22; 55; 61.
CAVALLARO: 133.
CAVINO: 162.
CELONE: 124; 155; 162.
CERBO: 55; 56.
CESARI: 32.
CHIAPPINIELLO: 121.
CIAN – TRABUCCHI - ZAGREBELSKY: 26.
CIMINI: 101; 114.
CIRILLO – CHIEPPA: 16.
CLARICH: 16; 17; 135; 139.
COGNETTI: 187; 188.
COLLA – MANZO: 56;
COLOMBO: 57.
CORLETTO: 137.
CORTESE: 117;
CORTESE, FERRARO, MANZINI: 26.
COZZI: 37.
CROCCO: 16.
D’ALESSIO: 104.
DE CUPIS: 9.
DE GIOIA – GARGIULO - GRAZIANO: 40.
DE LISE: 99; 102.
DE LUCA: 4.
DE MARCO: 104;
DE NICTOLIS R.: 64.

DEL TUFO: 21.
DELITALIA: 17.
DELLA TORRE: 5.
DI PIETRO: 26.
DIANA - URANIA GALETTA: 144.
DOMENICHELLI: 4.
FALCONE – POZZI: 88.
FANTI: 140; 142.
FIANDACA, MUSCO: 42; 192.
FINOCCHIARO: 38.
FIORITTO - LENZETTI: 55.
FLEINER: 179.
FRAIOLI: 11; 120.
FRANCAVIGLIA: 121.
FRATINI: 17; 113.
FRONZA: 74.
GAETA: 160.
GALANTINO: 52.
GANNER: 176.
GARDINI: 81; 142.
GARRI: 112.
GAVAZZI: 5.
GAZZONI: 163.
GIAMPAOLINO: 116.
GIANOTTI: 162.
GIARDINO: 119.
GIORDANO: 25.
GIOVAGNOLI – FRATINI: 56.
GOISES: 21; 25; 30; 45.
GRANELLI: 10.
GRECO: 11; 122.
GRISANTI: 85.
GUAZZAROTTI: 34.
HINNA: 133.
IANNOTTA: 100.

ICHINO: 24.
KOSTORIS: 33.
LA TORRE: 122.
LICCI: 57.
LICUGNANA: 177.
LONATI: 2.
LOSTORTO: 94.
MADDALENA: 108; 114; 119.
MAFFEI: 166.
MAGNAGO - ROSO: 136.
MAINARDI: 50; 78; 91; 95.
MANGIAMELI: 179.
MANTOVANI: 43.
MARCOLINI: 20.
MARINUCCI - DOLCINI: 14.
MARTINES: 136.
MATTARELLA: 80; 134; 171.
MATTERELLA - CLARICH: 137.
MAZZAMUTO: 4.
MAZZOTTA: 51.
MELE: 120.
MENELAO: 103.
MIELE: 115.
MODUGNO: 35.
MONTEDURO - BRUNELLI - BURATTI: 130.
MONTUSCHI: 51.
MOR: 6.
MORZENTI PELLEGRINI - SAUL MONZANI: 63.
NICOTRA: 9; 10.
NOCOSIA: 166.
NOTARGIACOMO: 21.
NOVIELLO - TENORE: 61.
OLIVERI: 124; 134.
PAGLIARI: 6.
PAGLIARIN: 107; 111.

PAGLIARO: 5.
PALADIN: 186.
PALAZZO: 11; 192.
PALIERO - TRAVI: 2; 46; 56; 111.
PALIERO: 21; 41.
PARISIO: 187.
PASSAGLI: 64.
PATRONI GRIFFI: 142.
PELLINO: 120.
PELLIZER - BURANELLO: 61; 63.
PEPE: 12.
PINELLI: 99.
PIPERATA: 143.
PISANA: 109; 111.
PISCHEDDA: 110.
PONZANELLI: 9.
PRESUTTI: 49.
PROPATO: 13.
RAELI: 65; 107.
RESTA: 102.
RIONDATO: 20.
RIZ: 23.
ROCCELLA: 51.
ROMANO: 48; 72.
ROSINI: 56.
RUGGERI: 35.
RUSCIANO: 87; 99.
SALERNO: 137.
SALOMONE: 167; 169.
SALVATI: 177; 192.
SANDULLI A. M.: 14; 184.
SANDULLI M.A.: 5.
SANTI ROMANO: 79.
SAVINO: 141; 171.
SCACCIA: 179.

SCHÜLMERS: 65.
SCIARABBA : 33; 37.
SCOLETTA: 39.
SIMONATI: 75.
SINISCALCO: 6; 12; 41.
SPENA: 66.
SPINELLI: 166.
STADERINI: 111.
STEVE PEERS: 29.
TENORE: 29; 73; 79; 84; 93; 97; 101; 113; 121; 160.
TENORE - PALAMARA - MARZOCCHI BURATTI: 80.
TESAURO: 15.
THIBIERGE: 4.
TIMELLINI: 116.
TOMMASO D'AQUINO: 176.
TORCHIA: 101.
TORREGROSSA: 103.
VALENTINI: 159.
VANNUCCI: 134; 171.
VARDARO - GAETA: 78.
VASSALLI: 15.
VENEZIANI: 8.
VIGANO: 32.
VILLAMENA: 181.
VINCIGUERRA: 73.
VIRGA: 11.
VITTA: 107.
VOZA: 78.
ZACCONE – ROMANO: 22.
ZANOBINI: 4; 17; 46; 55; 87; 108.



Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides statt durch meine eigenhändige Unterschrift, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel verwendet habe. Alle Stellen, die wörtlich oder inhaltlich den angegebenen Quellen entnommen wurden, sind als solche kenntlich gemacht.

Die vorliegende Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form noch nicht als Magister-/Master-/Diplomarbeit/Dissertation eingereicht.

Datum

Unterschrift