

## Articoli e Saggi

---

# Flessibilità e rigidità dei contratti pubblici: l'autotutela della stazione appaltante tra norme (poche) e prassi\*

Fabio Saitta

SOMMARIO: 1. I riferimenti normativi. – 2. L'annullamento d'ufficio degli atti di gara: a) premesse generali. – 3. *Segue: b)* presupposti e garanzie procedurali. – 4. La revoca degli atti di gara: a) premesse generali. – 5. *Segue: b)* presupposti e garanzie procedurali. – 6. *Segue: c)* obbligo di indennizzo e responsabilità precontrattuali. – 7. Gli effetti dell'autotutela sul contratto già stipulato. – 8. Riflessioni conclusive: flessibilità e rigidità in equilibrio instabile.

### 1. I riferimenti normativi.

Anche nell'ambito dei pubblici appalti opera il generale principio di autotutela di cui agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, sicché tutti gli atti di gara, dal bando all'aggiudicazione definitiva<sup>1</sup>, possono formare oggetto di ritiro da parte della stazione appaltante.

Siccome l'art. 11, comma 9, del decreto legislativo n. 163 del 2006 si limita a fare «salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti», la materia deve ritenersi disciplinata dalle succitate disposizioni generali contenute nella legge sul procedimento<sup>2</sup>.

---

\* Testo rielaborato ed aggiornato dell'intervento alla Giornata di studio su: «Flessibilità e rigidità dei contratti pubblici» - Milano, 18 novembre 2013.

<sup>1</sup> Nel senso che l'art. 11 d.lgs. n. 163/2006 non detta una disciplina esaustiva dell'autotutela, la quale non riguarda solo l'aggiudicazione, ma anche tutti gli altri atti di gara, Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1054, in *Giurisd. amm.*, 2012, I, 354.

<sup>2</sup> M. RAMAJOLI, *Provvedimenti amministrativi di secondo grado. Report annuale – 2011 – Italia*, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com) (febbraio 2011), § 5; T.A.R. Veneto, sez. I, 14 settembre 2010, n. 4745, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); A.V.L.P., determ. 10 luglio 2002, n. 17, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it). Secondo A. TRAVI, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, in *Urb. e app.*, 2012, 1153-1154, la mancanza

L'applicabilità del generale principio di autotutela decisoria all'amministrazione appaltante è stata messa in discussione soltanto con riguardo all'incidenza del ritiro di atti del procedimento ad evidenza pubblica sul contratto già stipulato, visto come un «*vulnus* al tipico assetto tendenzialmente paritario che è proprio delle vicende contrattuali»<sup>3</sup>.

Secondo dottrina e giurisprudenza prevalenti, tuttavia, il codice dei contratti pubblici, nel suo complesso (oltre che del succitato art. 11, comma 9, va tenuto conto dei commi 7 ed 11 del medesimo articolo, nonché del successivo art. 81, comma 3), finisce per confermare – addirittura rafforzandoli – i poteri di riesame delle stazioni appaltanti<sup>4</sup>, il cui esercizio non sembra precluso dall'intervenuta stipulazione del contratto<sup>5</sup>.

---

di una disciplina specifica costituisce una grave lacuna del sistema introdotto dal d.lgs. n. 53/2010, poi riordinato nel codice del processo amministrativo.

<sup>3</sup> Così A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011, 260. Nello stesso senso, già prima, A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974, 232; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 105-106.

<sup>4</sup> R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 511.

<sup>5</sup> L. GAROFALO, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 138 ss.; Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2013, n. 2602, 7 settembre 2011, n. 5032 e 12 febbraio 2010, n. 743, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156, *ibidem*; T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 28 marzo 2013, n. 1689, in *Giurisd. amm.*, 2013, II, 605; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372, in *Urb. e app.*, 2009, 869, con commento di A. VALLETTI, *La revoca degli atti di gara e la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante*; T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, 29 dicembre 2008, n. 6171, *ibidem*, 483, con commento di C. MUCIO, *I limiti dell'autotutela in materia di appalti*; T.A.R. Liguria, sez. II, 28 maggio 2008, n. 1133, in *Foro amm. - TAR*, 2008, 1267; T.A.R. Puglia-Lecce, sez. I, 21 febbraio 2008, n. 562, in *Guida al diritto*, 2008, 11, 90; T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, 29 marzo 2007, n. 945, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Il tenore dubitativo di quanto affermato nel testo («non sembra») è giustificato dal fatto che in talune pronunce, anche recenti, si afferma che la stazione appaltante può revocare in autotutela gli atti di gara «fino a che il contratto non sia concluso» (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1054, *ibidem*) o addirittura «fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione» (Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2010, n. 1997, in *Boll. legisl. tecnica*, 2010, 5, 478). Di segno del tutto opposto è, poi, T.A.R. Lazio-Roma, sez. II ter, 6 marzo 2013, n. 2432, in *Giurisd. amm.*, 2013, II, 520, secondo cui l'aggiudicazione definitiva può essere oggetto di revoca solo fino alla data di stipulazione del contratto o, più propriamente, sino all'avvio della sua esecuzione, iniziata la quale l'amministrazione deve, invece, eventualmente avvalersi del potere di recesso di cui all'art. 134, comma 1, d.lgs. n. 163/2006. Va, infine, dato atto di certa giurisprudenza che ha ritenuto illegittimo, per sviamento di potere, l'annullamento d'ufficio di un provvedimento di aggiudicazione provvisoria già oggetto di ricorso giurisdizionale, assumendo che in tal modo s'impedirebbe al giudice di esaminare le censure di maggiore pregnanza rispetto all'interesse sostanziale del ricorrente, volto all'aggiudicazione: Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5086, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 538, con commento di G. DI MARIA, *L'autotutela decisoria nelle gare d'appalto: presupposti e problematiche*.

Flessibilità e rigidità dei contratti pubblici: l'autotutela della stazione appaltante tra norme (poche) e prassi - *Flexibility and rigidity in public contracts: the self-protection of the contracting party through regulations (few) and practices*

Il saggio affronta il tema del rapporto tra flessibilità e rigidità nell'ambito dei contratti pubblici soffermandosi sul profilo peculiare dell'esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante.

Dopo essersi occupato dell'annullamento d'ufficio e della revoca degli atti di gare, l'Autore si sofferma sulla questione degli effetti dell'autotutela sul contratto già stipulato.

The paper tackles the theme of the relationship between flexibility and rigidity in the sphere of public contracts, focusing on the particular nature of the exercise of the right to self-protection on the part of the contracting party.

After dealing with the cancellation of office and revocation of tender procedures, the Author concentrates on the question of the effects of self-protection on a contract already entered into.

## *Articoli e Saggi*

---

# Anamorfosi dello “*spread*” (globalizzazione finanziaria, guerre valutarie e tassi di interesse dei debiti sovrani)\*

Giuseppe Di Gaspare

SOMMARIO: 1. L'anamorfosi, una prospettiva deformante. – 2. Lo *spread* è un parametro (utilizzato in modo) fuorviante. – 3. Tassi di interesse sul debito e tassi di cambio dollaro/euro. – 4. Un punto di vista contro intuitivo ai grafici sullo *spread*.

### 1. *L'anamorfosi, una prospettiva deformante.*

L'anamorfosi costituisce una tecnica di raffigurazione di un oggetto secondo una prospettiva diversa da quella centrale, in modo che l'oggetto principale venga rappresentato in una visione fuorviante che lo nasconde.

In questo senso, attraverso la focalizzazione univoca della prospettiva sullo *spread*, cioè sul differenziale tra i tassi dei titoli del debito pubblico dei paesi dell'eurozona, si è ottenuto l'effetto di distogliere l'attenzione dell'opinione pubblica dall'oggetto principale costituito dall'andamento del tasso di interesse.

La tesi qui sostenuta, in quanto contrasta con la prospettiva assolutamente predominante del ruolo di indicatore fondamentale riconosciuto unanimemente allo *spread*, richiede pertanto al lettore una consapevole correzione del punto di osservazione per staccare lo sguardo dallo *spread* – cioè la differenza tra i tassi – e rimetterlo, invece, a fuoco centralmente sull'oggetto principale del grafico, cioè sull'andamento dei tassi di interesse. Riposizionando lo sguardo, la riflessione apre su un diverso scenario incentrato sul nesso di dipendenza causale tra il tasso di interesse ed i flussi monetari speculativi, da e verso l'euro, correlati a loro volta essenzialmente all'andamento del tasso di cambio dollaro/euro.

Nel passare da un ordine di causalità interne, cui lo *spread* rinvia, ad un ordine di causalità esterne basato sul tasso di cambio dollaro/euro, e conseguente-

---

\* Versione breve dell'articolo dallo stesso titolo già pubblicato su «Sociologia» n. 3 del 2013.

mente sugli effetti delle fluttuazioni monetarie derivanti dalle guerre valutarie, la difficoltà maggiore che si incontra è data dal fatto che il richiamo allo *spread* connette la causa dell'andamento negativo o positivo del costo del servizio del debito a fattori politici ed economici interni facilmente constatabili empiricamente da tutti. Attribuire, invece, le variazioni del costo del debito pubblico a cause esogene come i flussi monetari speculativi (*carry trade* del dollaro e ora di nuovo anche dello yen) appare, di primo acchito, poco plausibile se non addirittura un improvvido tentativo di deresponsabilizzazione.

Nella consolidata linea di ragionamento sullo *spread*, i fondamentali strutturali ed economico-finanziari dei vari paesi e le vicende congiunturali, come la credibilità e le politiche dei Governi nazionali, sarebbero la causa prima e sostanzialmente unica dell'aumento o della diminuzione del costo dei diversi debiti pubblici. Da qui, appunto, la scelta della Germania come virtuosa "pietra di paragone". In questo modo la prospettiva anamorfica, imputando il costo del servizio del debito pubblico alle politiche economiche positive o negative di ogni singolo Stato, risulta in linea con la percezione come intuitivamente condivisibile ed, in questo senso, fa da velo alla comprensione della prevalente incidenza sull'andamento del tasso di interesse dei debiti pubblici dell'eurozona dei fattori *esogeni* di natura finanziaria: le fluttuazioni monetarie e le connesse speculazioni sul tasso di cambio.

Questo travisamento, derivante dal quotidiano e reiterato bombardamento mediatico sull'andamento dello *spread*, costringe e restringe la nostra visione d'insieme in una prospettiva angusta che, in definitiva, mette fuori quadro la possibilità di comprendere il dominio del potere finanziario sul debito pubblico, conseguentemente sull'economia reale e dunque sulle nostre vite.

## 2. Lo *spread* è un parametro (utilizzato in modo) fuorviante.

La convinzione che la riduzione o l'aumento dello *spread* con il debito tedesco sia dipeso e dipenda principalmente dall'azione del Governo italiano come degli altri governi dell'eurozona è fortemente radicata nell'opinione pubblica ed è sostenuta dal pensiero finanziario mediatico unico.

La ragione per cui si prende come riferimento lo *spread* con il debito tedesco per valutare l'andamento dei titoli del nostro debito pubblico sarebbe la seguente: «Lo *spread* è il differenziale tra il nostro tasso di interesse (che lo Stato paga sui Btp) e un tasso di interesse preso come "pietra di paragone" e che generalmente è pagato dagli investimenti ritenuti "sicuri". In pratica, più rischioso è l'investimento, maggiore è l'interesse che vuole chi presta il denaro. Se la cosa vi sembra eticamente discutibile, provate a riflettere: voi prestereste denaro ad una perso-

Anamorfosi dello “*spread*” (globalizzazione finanziaria, guerre valutarie e tassi di interesse dei debiti sovrani) - *Anamorphosis of spread (Financial globalization, currency wars and Eurozone sovereign debt yields)*

L'anamorfosi è una tecnica che consente di rappresentare un oggetto da una prospettiva diversa da quella centrale, in modo che l'oggetto principale appaia in una prospettiva appositamente deformata che lo nasconda. Questa tecnica, applicata attraverso l'ambigua focalizzazione dell'attenzione sullo *spread* tra i titoli di Stato dei paesi della zona euro, ha avuto l'effetto di distogliere l'attenzione pubblica dalla variabile chiave che determina lo sviluppo del tasso di interesse sui titoli di Stato.

Tuttavia, se poniamo il problema *spread* a parte, otteniamo un quadro diverso basato sull'evidenza di una relazione causale tra i rendimenti obbligazionari e i flussi di capitali speculativi, oscillando tra l'euro e il dollaro USA, secondo il tasso di cambio tra le due valute. Una significativa variazione dalla prospettiva principale.

Secondo l'interpretazione consolidata dello *spread*, la predominante ed essenzialmente unica causa spiega l'aumento o la diminuzione dei costi di servizio del debito sarebbe riconducibile ai fondamentali strutturali, economici e finanziari dei paesi della zona euro e alle oscillazioni nella reputazione dei governi e delle loro politiche economiche.

Lo *spread* dunque pone l'accento sulle dinamiche interne dei paesi che collegano la differenza tra i tassi di interesse sulle obbligazioni e, di conseguenza, sul costo del debito pubblico, e l'efficacia delle politiche economiche di ogni singolo Stato.

Questo approccio devia quindi (volutamente?) l'attenzione dall'incidenza pre-

Anamorphosis is a technique for the representation of an object according to a view different from the central view, so that the main object is represented in a perspective specially deformed that hides it. Applying this technique, through the unambiguous focusing of attention on the *spread* between government bonds of the Eurozone countries, has had the effect of diverting the public attention from the key variable that determines the development of the interest rate on government bonds.

However, if we put the *spread* issue aside, we get a different picture based upon the evidence of a causal relationship between bond yields and speculative capital flows, moving back and forth between the Euro and the U.S. dollar, according to the exchange rate between the two currencies. A significant shift from the mainstream perspective.

According to the well-established interpretation of the *spread*, the predominant, and essentially sole cause which explains the rise or the fall of debt service costs would be attributable to the structural, economic and financial fundamentals of the Eurozone countries and to the short-term swings in the reputation of Governments and their economic policies.

The *spread* therefore focuses the attention on the internal dynamics of countries linking the difference between interest rates on bonds and, consequently, the cost of servicing the public debt, to the effectiveness of the economic policies of each individual state.

dominante delle cause finanziarie esogene sui tassi di interesse del debito pubblico.

È un dato di fatto, i flussi monetari e le relative speculazioni sul tasso di cambio, sono le cause principali per le variazioni dei tassi di interesse sui debiti pubblici.

This approach therefore diverts (intentionally?) the attention from the predominant incidence of the exogenous financial causes on the interest rates of public debts.

As a matter of fact, monetary flows and related exchange rate speculation (carry trade), are the primary causes for the variations in interest rates on public debts.

## *Articoli e Saggi*

---

### **Riflessioni sulla verifica dell'interesse culturale alla luce delle esigenze di semplificazione delle procedure di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico espresse dal decreto cd. *Semplifica Italia*\***

Cristina Videtta

SOMMARIO: 1. L'art. 43 del c.d. decreto *Semplifica Italia*: scenario di riferimento. – 2. La tutela del patrimonio immobiliare pubblico tra problemi esegnetici e difficoltà di datazione. – 3. Esigenze di valorizzazione economica del patrimonio immobiliare pubblico e tutela del patrimonio culturale. – 4. L'art. 43: ambito di applicazione e possibili letture. – 5. Considerazioni conclusive.

#### 1. *L'art. 43 del cd. decreto Semplifica Italia: scenario di riferimento.*

L'art. 43, d.l. 9 febbraio 2012 n. 5, c.d. *Semplifica Italia*, convertito con l. 4 aprile 2012 n. 35, introduce una disposizione relativa alle *Semplificazioni in materia di verifica dell'interesse culturale nell'ambito delle procedure di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico*, con cui si demanda ad un decreto non avente natura regolamentare del Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, la definizione di «modalità tecniche operative, anche informatiche», idonee ad accelerare le procedure di verifica dell'interesse culturale di cui all'articolo 12, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, Codice dei beni culturali e del paesaggio (d'ora innanzi «Codice»).

I decreti di attuazione, cui la norma fa rinvio, sono destinati a collocarsi nel complesso sistema, attualmente vigente, di individuazione del carattere cultura-

---

\* Il lavoro costituisce il testo rielaborato ed ampliato dell'intervento tenuto al Convegno «*Il Governo tecnico e la semplificazione amministrativa*», tenutosi a Torino il 26 ottobre 2012, in ricordo del Prof. Elio Casetta, a cui questo lavoro è dedicato, con affetto e rimpianto.



le in capo ai beni pubblici, e mirano ad introdurre una sorta di percorso differenziato tra immobili e immobili a seconda delle ragioni che, in concreto, vengano a determinare l'avvio della procedura di verifica dell'interesse culturale di cui al richiamato art. 12 del Codice.

Se quanto premesso appare del tutto evidente, ad un'analisi poco più approfondita è possibile accorgersi come il contenuto degli emanandi decreti non sia, invece, affatto scontato.

Ciò che appare senz'altro chiaro fin da una prima lettura della norma è come essa sia espressione di urgenza. In effetti, anche a prescindere dalla considerazione meramente letterale dell'uso ridondante del verbo «accelerare» che compare per ben due volte nel primo comma, almeno due considerazioni convergono ad indicare senza ombra di dubbio come, in questo contesto, l'espressione «semplificazione» sia utilizzata nella sua accezione di «accelerazione», *rectius*, di «mera accelerazione». Assumono, infatti, sicuro rilievo tanto la previsione di un termine, breve, di sessanta giorni (ancorché meramente ordinatorio e, comunque, a tutt'oggi non rispettato), per la definizione delle modalità di semplificazione, quanto, soprattutto, la forma scelta per l'adozione delle misure di accelerazione delle procedure di verifica (ossia l'atto interministeriale non avente natura regolamentare).

Tale impostazione ben esprime l'intento di garantire la protezione di valori culturali eventualmente sussistenti, impedendo, al contempo, che i processi di dismissione e/o valorizzazione del patrimonio pubblico possano essere ostacolati o, anche solo, rallentati dalle procedure di verifica dell'interesse culturale degli immobili stessi, come attualmente regolate dal Codice, evidentemente percepite come inammissibilmente lunghe e farraginose.

Il contesto in cui l'art. 43 viene a collocarsi ruota, in effetti, intorno alla nota procedura di verifica dell'interesse culturale, introdotta nell'ordinamento proprio dall'art. 12 del d.lgs. 42/2004, in risposta all'esigenza di ovviare alle incertezze applicative generate dal vecchio sistema degli elenchi previsto dagli artt. 4 e 58 della l. 1089/1939 e sostanzialmente ripreso dall'art. 5 del t.u. n. 490/1999. Secondo la vecchia disciplina, infatti, le regioni, le province, i comuni, gli altri enti pubblici e le persone giuridiche private senza fine di lucro avrebbero dovuto presentare al Ministero l'elenco descrittivo delle cose di loro spettanza aventi (presumibilmente) interesse culturale; tuttavia, la mancata presentazione dell'elenco non avrebbe in ogni caso impedito l'assoggettamento di tali cose alla disciplina vincolistica. Il sistema così disegnato si presentava, dunque, fortemente ambiguo stante il valore meramente dichiarativo riconosciuto agli elenchi di cui sopra, nonché scarsamente efficace dal punto di vista della capacità di fornire una effettiva tutela anche a fronte della mancata inclusione nella norma dei beni dello

Riflessioni sulla verifica dell'interesse culturale alla luce delle esigenze di semplificazione delle procedure di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico espresse dal decreto cd. *Semplifica Italia* - *Reflections on the assessment of cultural interest in the wake of the need for procedural simplification in the sale of public real estate, as expressed by the so-called Semplifica Italia decree*

Il lavoro ha ad oggetto l'art. 43 del decreto Semplifica Italia che prevede modalità accelerate e semplificate di verifica dell'interesse culturale in capo ad immobili pubblici oggetto di procedure di valorizzazione economica.

Premesso un inquadramento generale dell'istituto della verifica dell'interesse culturale come regolato dal d.lgs. 42/2004 s.m., l'Autore si interroga sull'impatto del decreto Semplifica Italia sulla disciplina dei beni culturali pubblici e, soprattutto, sulla sua compatibilità coi valori espressi dell'art. 9 Cost.

The paper reviews art. 43 of the Semplifica Italia decree which sets out the accelerated and simplified procedures for assessing the cultural importance of public property subject to economic evaluation.

After giving a general overview of the concept of cultural importance as regulated by leg. dec. 42/2004 and subsequent amendments, the Author analyses the impact of the Semplifica Italia decree on the regulation of public heritage assets and, in particular, its compatibility with the values expressed in art. 9 of the Constitution.

## *Articoli e Saggi*

---

# Le sanzioni amministrative tra diritto amministrativo e diritto penale: la questione della successione impropria

Scilla Vernile

SOMMARIO: 1. Introduzione: diritto penale amministrativo e delimitazione del problema affrontato. – 2. Funzione e finalità delle sanzioni amministrative. – 3. Il principio di specialità tra illecito penale e illecito amministrativo. – 4. Argomenti a sostegno della tesi dell'unitarietà del fenomeno sanzionatorio: la depenalizzazione – 5. La successione impropria tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. – 6. Considerazioni conclusive.

### *1. Introduzione: diritto penale amministrativo e delimitazione del problema affrontato.*

La questione della successione impropria tra sanzioni penali e amministrative<sup>1</sup> costituisce un utile spunto per inserirsi nell'annoso dibattito relativo ai rapporti tra diritto amministrativo e diritto penale in materia sanzionatoria.

L'individuazione del regime applicabile nei casi in cui un determinato fatto, in origine previsto come reato, sia in seguito depenalizzato e contestualmente qualificato in termini di illecito amministrativo consente, infatti, di interrogarsi sull'unitarietà del fenomeno sanzionatorio.

A tal fine, è necessario avviare l'analisi ripercorrendo dapprima le diverse posizioni espresse in dottrina circa le relazioni intercorrenti tra sanzioni amministrative e sanzioni penali. La «vicinanza» dei due istituti, d'altra parte, è messa in

---

<sup>1</sup> Per «successione impropria» si intende il passaggio di una data fattispecie da illecito penale a violazione amministrativa. In questo senso, T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1354, che individua il retroterra logico della successione impropria nella «perpetuazione di rilevanza dell'illecito anche se esso non costituisce più reato» (ibidem 1383).

luce dall'espressione, spesso utilizzata, «diritto penale amministrativo»<sup>2</sup>, con cui si fa riferimento al sistema punitivo creato dal legislatore mediante l'introduzione di numerose sanzioni amministrative derivanti talvolta dal processo di depenalizzazione, talaltra dalla necessità di garantire il rispetto di specifiche previsioni amministrative<sup>3</sup>. Ciò avviene in diverse aree del diritto amministrativo, ma soprattutto in importanti settori di rilevanza economica, tanto che tra le sanzioni amministrative più rilevanti devono certamente richiamarsi quelle irrogate dalle autorità amministrative indipendenti.

Le sanzioni delle *Authorities*, peraltro, rappresentano un esempio decisamente significativo per comprendere le relazioni tra diritto amministrativo e diritto penale, dal momento che la loro portata affittiva risulta acuita dalla misura spesso ingente delle pene applicate, tanto che, come si vedrà, soprattutto con riguardo a questa specifica tipologia di sanzioni, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha espresso la necessità di estendere le garanzie proprie del diritto penale.

Le misure punitive adottate dalle autorità indipendenti, al pari di quelle irrogate dagli altri enti pubblici, partecipano, infatti, di molti dei caratteri delle sanzioni penali: da ciò deriva la necessità di affrontare la questione del rapporto tra potere sanzionatorio amministrativo e potere sanzionatorio penale.

Prima di procedere in tal senso, un'ulteriore specificazione si rende necessaria al fine di delimitare l'ambito della ricerca che ci si propone di svolgere. Le sanzioni amministrative cui si farà riferimento sono esclusivamente quelle che presentano caratteristiche tipiche del potere punitivo e che, di conseguenza, sembrano le sole a rientrare in quella categoria definita dalla dottrina in termini di «sanzioni amministrative pure», in virtù della loro portata affittiva anziché riparato-

---

<sup>2</sup> A tal proposito, si v. M.A. RUFFO, *Il diritto penale amministrativo*, in ID. (a cura di), *Diritto penale amministrativo*, Padova, 2004, per il quale è maturata nel legislatore l'intenzione di trasferire alcuni illeciti minori dal diritto penale al diritto amministrativo, dando vita, così, a un sistema sanzionatorio che, da un lato, è strettamente legato al diritto penale, dall'altro, presenta una sua autonomia.

<sup>3</sup> Gli illeciti amministrativi comprendono sia gli illeciti depenalizzati, sia quelli originariamente amministrativi, anche se pure la previsione *ab initio* della sanzione amministrativa contribuisce a ridurre l'ambito delle fattispecie di reato. In questo senso, L. PALAMARA - A.A. SALEMME, *La depenalizzazione e la ripenalizzazione*, in A. CAGNAZZO - S. TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, 721, per cui la previsione della sanzione amministrativa fin dall'origine contribuisce a ridurre l'estensione delle fattispecie di reato in maniera indiretta, costituendo anch'essa una forma di depenalizzazione «che, invece di muovere dal sostrato di fattispecie già penalmente sanzionate per trasformarle in fattispecie solo amministrativamente sanzionate, crea *ex novo* fattispecie amministrativamente sanzionate, sottraendole al diritto penale, in controtendenza rispetto alla propensione pressoché irresistibile verso la penalizzazione della produzione legislativa dal dopoguerra alla fine del secolo scorso, per una sorta di "scelta di fabbrica"» (ibidem 724).

Le sanzioni amministrative tra diritto amministrativo e diritto penale: la questione della successione impropria - *Administrative sanctions in administrative law and criminal law: the issue of improper succession*

Il lavoro affronta il tema dei rapporti tra diritto penale e diritto amministrativo in materia sanzionatoria. Dopo un esame della funzione e delle finalità delle sanzioni amministrative, anche alla luce della loro natura spesso particolarmente gravosa, viene accolta la tesi dell'unitarietà del fenomeno sanzionatorio, con tutto ciò che ne consegue soprattutto in relazione alle garanzie che devono essere assicurate nell'adozione della misura punitiva. A supporto della tesi sostenuta, si richiamano, da un lato, l'applicazione del principio di specialità ogniqualvolta la stessa condotta sia presa in considerazione tanto dall'ordinamento penale quanto da quello amministrativo, dall'altro, il fenomeno della depenalizzazione. A tale ultimo proposito, il lavoro si concentra sulla questione della successione impropria tra sanzioni penali e amministrative, al fine di individuare il regime applicabile allorquando la depenalizzazione intercorra a seguito della commissione dell'illecito, ma prima della conclusione del procedimento penale.

The paper tackles the theme of the relationship between criminal law and administrative law with reference to sanctions. After an examination of the function and aims of administrative fines, also in the light of their often particularly onerous nature, the idea of a unified system of sanctions, with all that implies, especially in relation to the guarantees that must be given in the adoption of punitive measures, is analysed. To support the idea put forward, reference is made, on the one hand, to the application of the principle of peculiarity every time the same conduct is taken into consideration by either criminal law or administrative law, and on the other hand, to the concept of decriminalisation. With regards to the latter, the paper focuses on the question of improper succession between criminal sanctions and administrative sanctions, with the aim of identifying the applicable regime whenever decriminalisation occurs further to the committing of an offense, but before the conclusion of criminal proceedings.

## *Articoli e Saggi*

---

# Il procedimento con impegni in materia di intese restrittive e di abuso di posizione dominante

Giulio Masucci

SOMMARIO: 1. Tutela della concorrenza e previsione a livello comunitario di impegni in tema di intese restrittive e di abuso di posizione dominante. – 2. Segue. – 3. La previsione nell'ordinamento italiano del procedimento con impegni in materia di intese restrittive e di abuso di posizione dominante. – 4. La natura giuridica del procedimento di decisione con impegni. – 5. L'avvio della procedura. La presentazione da parte dell'impresa della versione provvisoria degli impegni e di quella definitiva. – 6. La *delibatio* di non manifesta infondatezza degli impegni presentati. Il catalogo dei casi per i quali, secondo la Comunicazione, non è opportuno accettare le proposte di impegni. – 7. La previsione del “*market test*”. – 8. La decisione relativa all'accettazione o meno delle proposte di impegni (non rigettati nell'esame preliminare). La valutazione circa la idoneità degli impegni a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali – 9. Segue. La scelta amministrativa. – 10. La decisione con la quale l'Autorità rende obbligatori gli impegni presentati e chiude il procedimento di infrazione nei confronti dell'impresa. – 11. Segue. In particolare, la natura giuridica della decisione.

1. *Tutela della concorrenza e previsione a livello comunitario di impegni in tema di intese restrittive e di abuso di posizione dominante.*

L'aspetto più rilevante della funzione della politica di tutela della concorrenza è quello di curare il buon funzionamento dei mercati in vista del benessere collettivo. È opinione largamente condivisa che la concorrenza fra imprese è solo uno strumento per favorire lo sviluppo economico e, attraverso questo, il maggior benessere possibile per il più ampio numero di persone<sup>1</sup>. La tutela della con-

---

<sup>1</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, III, Milano, 2010, 194. È stato sottolineato (G.A. SOFIANATOS, *Injonctions et engagements en droit de la concurrence*,

correnza ovvero la tutela del processo dinamico dei mercati è perciò divenuto uno dei compiti principali dello Stato sociale contemporaneo<sup>2</sup>. Fatto che trova conferma nella riforma costituzionale del 2001 (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3), che prevede la «tutela della concorrenza» in una espressa disposizione della Costituzione (art. 117, lett. e), Cost.).

Questo orientamento politico-economico che identifica nella tutela della concorrenza il mezzo per prevenire e reprimere processi dinamici dei mercati che ostacolano lo sviluppo economico e il maggior benessere possibile dei consumatori ha trovato conferma a livello giurisprudenziale. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia le regole in materia antitrust hanno la funzione di evitare che la concorrenza possa essere alterata «a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori»<sup>3</sup>. Secondo la giurisprudenza nazionale, la libertà di concorrenza, nel costituire manifestazione della libertà di iniziativa economica privata, suscettibile di subire limitazioni giustificate da ragioni di utilità sociale e da fini sociali, risponde alla duplice finalità di garantire per un verso la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e per l'altro la protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenere i prezzi, risultando così funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori<sup>4</sup>. In breve, con l'abbandono di vecchie culture filomonopolistiche e l'affermazione del «*constitutional liberalism*» la funzione della politica di tutela della concorrenza diviene quella di curare il buon funzionamento del mercato per finalità di benessere collettivo, intervenendo a correggere le prassi inefficienti che si vengono a creare<sup>5</sup>.

## 2. Segue.

In vista della tutela delle finalità prima indicate la CE ha previsto una serie di poteri antitrust funzionali alla repressione dei comportamenti anticoncorren-

---

L.G.D.J, Paris, 2009, 385) che «*la concurrence n'est pas une fin en soi. Il peut assurer l'efficacité économique qui est un objectif plus vaste que la protection de la concurrence*».

<sup>2</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *Concorrenza*, cit., 238.

<sup>3</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 17 febbraio 2011, causa C-52/09. Secondo G.A. SOFIANOTOS (*op.cit.*, 385 s.) «*l'école de Bruxelles*» persegue tre obiettivi: un obiettivo politico, che è quello della costruzione del mercato unico, un obiettivo di natura economica, che è quello di realizzare tramite la concorrenza «*l'efficacité économique*» e un obiettivo di natura sociale, che è in particolare quello di tutelare i consumatori.

<sup>4</sup> Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 18 ottobre, 2012, n. 8614, in *Foro amm.* 2012, 3138 ss.

<sup>5</sup> Sul punto, vedi ancora le considerazioni di M. LIBERTINI, *Concorrenza*, cit., 238.

Il procedimento con impegni in materia di intese restrittive e di abuso di posizione dominante - *The procedure of making 'undertakings' relating to restrictive agreements and to the abuse of a dominant position*

Con l'affermarsi nell'attività amministrativa di una "cultura consensuale" volta alla individuazione di "soluzioni condivise" tra pubblica amministrazione e privato hanno assunto nell'istrumentarium a tutela della concorrenza particolare importanza gli "impegni" tendenti a rimuovere le preoccupazioni anticoncorrenziali. Sono così diventati in giurisprudenza e in dottrina particolarmente attuali i temi riguardanti le modalità e i principi secondo cui vengono proposti, valutati e resi obbligatori gli "impegni" in tema di intese restrittive e di abuso di posizione dominante. Questo lavoro "rilegge" la disciplina dell'articolo 14-ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287 soprattutto alla luce della Comunicazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (provvedimento n. 23863, pubblicato nel Bollettino AGCM n. 35 del 17 settembre 2012), della recente giurisprudenza e della dottrina straniera.

With the establishment in administrative procedures of a 'consensual culture' aimed at identifying 'shared solutions' between the public administration and private entities, 'undertakings' have taken on particular importance as a means for protecting competition, tending to remove anti-competition concerns. In jurisprudence and current doctrine in particular, themes regarding the methods and principles in which such 'undertakings' are proposed, assessed and made obligatory in relation to restrictive agreements and to the abuse of a dominant position, have become increasingly pertinent. This paper reviews the regulations of articles 14-ter of Law 10 October 1990, no. 287, especially in the light of the Communication of the Autorità Garante della Concorrenza (Italian Competition Authority; measure no. 23863, published in the AGCM Bulletin no. 35 of 17 September 2012), and of recent jurisprudence and foreign laws.