

attivamente e autonomamente alla scoperta delle infrazioni *antitrust*, abbandonando il ruolo derivato e sostanzialmente parassitario rispetto all'accertamento compiuto dall'autorità pubblica.

Le sanzioni amministrative possono essere patrimoniali (in tal caso sono spesso chiamate multe), quando determinano l'insorgere di un'obbligazione pecuniaria, o interdittive, quando impediscono l'esercizio di un diritto o lo svolgimento di un'attività. Nell'ordinamento italiano, le prime sono sottoposte a una disciplina organica contenuta nella l. n. 689/1991. Questa si pone in rapporto di specialità con la disciplina generale del procedimento amministrativo dettata dalla l. n. 241/1990 ed è a sua volta derogata da norme dettate in ambiti specifici, come quelle relative alla vigilanza su singoli mercati. Essa presuppone un'attività di raccolta di informazioni e documenti che si conclude con la contestazione degli addebiti. Il privato ha diritto di presentare memorie e documenti e può chiedere di essere ascoltato personalmente. Quindi, l'autorità procedente, ove ritenga provata la violazione, emette un provvedimento motivato che determina l'ammontare della sanzione e ne ingiunge il pagamento entro trenta giorni. L'ordinanza-ingiunzione costituisce titolo esecutivo.

Nello stabilire l'entità della sanzione, sorge per l'amministrazione il problema di fissarne il livello ottimale in ragione della sua funzione riparatoria e insieme deterrente. In tale valutazione, l'ordinamento offre pochi supporti, limitandosi a stabilire, sulla base di criteri equitativi molto generici, il livello massimo o minimo o addirittura la misura fissa. In taluni casi, l'amministrazione può accompagnare alla sanzione patrimoniale principale le sanzioni accessorie, come la confisca del bene o la revoca della licenza. La sanzione pecuniaria, inoltre, pesa diversamente a seconda del reddito e del patrimonio del soggetto sanzionato. Di qui l'idea di commisurarla non solo all'oggettiva gravità della trasgressione, ma anche alla capacità contributiva del trasgressore; oppure la preferenza dell'ordinamento per sanzioni reali, in luogo o a integrazione di quella meramente patrimoniale (un soggetto abiente che trasgredisce il codice della strada dà poca importanza al pagamento di una somma di denaro, mentre patisce maggiormente il ritiro della patente o il sequestro dell'autovettura). L'entità della sanzione patrimoniale fissata dall'amministrazione, in ogni caso, è sindacabile nel merito dal giudice (di norma quello ordinario, anche se talora l'ordinamento opta per la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: si v. cap. V, par. 1.3).

Altre questioni riguardano l'effettività della disciplina sanzionatoria. Quel che conta, infatti, non è soltanto l'entità astratta della sanzione. Altrettanto importante è la capacità di scoprire davvero il comportamento illecito e di impedirne la reiterazione. Una sanzione di cento euro applicata a un quarto delle infrazioni commesse ha la stessa efficacia deterrente di una sanzione di venticinque euro applicata nel cento per cento dei casi. Talora, l'innalzamento dell'entità della sanzione prevista dalla legge rivela semplicemente l'incapacità dell'or-

l'irrogazione
della sanzione
e la determinazione
della sua entità

l'effettività
della disciplina
sanzionatoria

dinamento di scoprire la maggior parte dei comportamenti vietati. Per facilitare l'accertamento di violazioni amministrative, l'ordinamento può poi prevedere il varo di programmi di clemenza, volti a concedere immunità o sconti di pena a quanti contribuiscano all'emersione delle condotte illecite e all'individuazione dei relativi responsabili. Un esempio significativo in tal senso si ha nell'ambito del diritto europeo e nazionale della concorrenza. In proposito, la legge stabilisce che l'Agcm «definisce con provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario» (art. 15, co. 2-bis, l. n. 287/1990).

Per ragioni di economia procedimentale, l'ordinamento prevede la possibilità di una chiusura anticipata dell'istruttoria senza accertamento dell'illecito. In caso di sanzione a contenuto patrimoniale, entro sessanta giorni dalla contestazione dell'addebito, l'interessato può procedere all'oblazione, cioè al pagamento di una somma ridotta rispetto all'ammontare edittale, senza che si proceda a un accertamento definitivo dell'illecito. Un'ipotesi speciale è invece prevista in materia di tutela della concorrenza. Qui, infatti, l'impresa indagata, prima della conclusione del procedimento, può proporre l'adozione di impegni volti a porre rimedio alle distorsioni anticoncorrenziali che diventano vincolanti nel momento in cui l'Autorità *antitrust*, dopo aver consultato le imprese contro-interessate, li approva con propria determinazione. La via d'uscita degli impegni, per quanto conveniente sia per l'impresa indagata sia per l'autorità pubblica, tuttavia, non può essere imboccata in caso di una violazione grave della disciplina *antitrust*, che deve essere invece oggetto di uno specifico accertamento e condurre a una condanna esemplare. Mirano, invece, a incentivare l'effettivo e tempestivo versamento di quanto dovuto a titolo di sanzione amministrativa, evitando condotte dilatorie o elusive, norme come quella contenuta nella l. n. 98/2013: questa consente di ridurre del trenta per cento l'entità della sanzione pecuniaria per violazione del codice della strada pagando entro cinque giorni dalla contestazione o dalla notificazione del verbale.

4. L'amministrazione consensuale

4.1. Ambiti e forme

Gli strumenti di azione unilaterale non sono gli unici a disposizione dell'amministrazione, sebbene per lungo tempo siano stati quelli più importanti o comunque quelli più visibili. L'amministrazione, infatti, può anche concludere diversi tipi di accordi con i suoi interlocutori, pubblici e privati (anche se qui ci concentreremo su quelli

la chiusura anticipata
con impegni

stipulati con questi ultimi). Natura e regime giuridico di tali accordi, peraltro, variano profondamente da paese a paese e a seconda del loro oggetto.

In via generale, i diversi ordinamenti, ivi compreso quello italiano, consentono all'amministrazione di stipulare accordi nell'esercizio dei suoi poteri. Il ricorso allo strumento consensuale, allora, si collega all'adozione di provvedimenti amministrativi, di cui gli accordi possono determinare il contenuto necessario o costituire un'alternativa di realizzazione. Tali accordi, di norma, sono stipulati nel corso o in esito allo svolgimento di procedimenti astrattamente preordinati all'adozione di un provvedimento unilaterale.

In altri casi, l'amministrazione, sulla base di apposite previsioni di legge, ma al di fuori di un contesto procedimentale, conclude accordi ad oggetto pubblico, al fine di stabilire particolari forme di collaborazione e di *partnership* con soggetti privati. Si deve, infatti, registrare il sempre più largo impiego di tecniche consensuali come strumento di attuazione di politiche pubbliche e come modalità di coinvolgimento di soggetti privati nella produzione di beni e servizi destinati alla collettività.

Accanto al crescente uso di moduli convenzionali nell'esercizio di funzioni e poteri pubblici, le amministrazioni concludono veri e propri contratti, simili o identici a quelli che i privati stipulano tra loro nella propria attività individuale o commerciale. Secondo alcuni, tali contratti sarebbero stipulati per soddisfare l'interesse privato dell'amministrazione, diversamente dagli accordi e dalle convenzioni, che mirerebbero invece a soddisfare direttamente interessi pubblici. Si tratta, peraltro, di una distinzione difficile da accettare. L'amministrazione non cura mai interessi privati. In ogni manifestazione del suo agire persegue interessi pubblici. Anche quando conclude contratti, ad esempio, per l'acquisto di beni e servizi, siano essi destinati alle proprie esigenze di funzionamento o all'erogazione di prestazioni ai cittadini, tutela, direttamente o indirettamente, l'interesse della collettività. La peculiare posizione contrattuale dell'amministrazione spiega poi perché l'ordinamento le riconosca alcuni poteri e privilegi nella fase di esecuzione di tali contratti. Sugli speciali vincoli relativi soprattutto alla fase di scelta del contraente, invece, ci si soffermerà nel prossimo capitolo, nell'ambito del discorso sulle diverse tecniche di regolamentazione dell'azione amministrativa.

Bisogna, infine, sottolineare che mentre l'esercizio del potere amministrativo, consentendo di disporre unilateralmente della sfera giuridica altrui, ha il pregio di ridurre i costi di transazione connessi alla ricerca del consenso del privato, l'azione amministrativa svolta mediante la conclusione di accordi e contratti, ove ricorrano determinate condizioni, permette di raggiungere soluzioni soddisfacenti per entrambe le parti del rapporto, aumentando così il benessere collettivo e favorendo lo sviluppo di condotte cooperative.

gli accordi
pubblicistici

i contratti di diritto
privato

4.2. Gli accordi tra amministrazioni e privati

Una prima manifestazione dell'agire in via consensuale dell'amministrazione è data dagli accordi stipulati nell'ambito dell'esercizio di poteri amministrativi. In questa prospettiva, gli accordi di cui è parte la pubblica amministrazione, in quanto soggetto titolare di prerogative speciali e preposto alla cura di interessi generali, si differenziano radicalmente dai contratti stipulati dai privati, nel diverso presupposto della piena libertà ed eguaglianza dei contraenti.

L'ordinamento francese per primo ha sviluppato un regime generale degli accordi o contratti amministrativi autonomo e distinto rispetto a quelli di diritto privato. Essi, infatti, si caratterizzano per le speciali prerogative riconosciute all'amministrazione in ragione della sua posizione di custode dell'interesse pubblico. L'amministrazione, in particolare, ha un potere unilaterale di predeterminazione delle clausole e dispone di poteri di intervento autonomo sui termini dell'accordo, anche al di là di previsioni pattizie. L'amministrazione, pertanto, può modificare e integrare i contenuti delle prestazioni concordate, agire direttamente per l'esecuzione in caso di inadempimento della controparte, sciogliere unilateralmente il vincolo, sempre senza sottomettere le proprie pretese alla previa valutazione del giudice. Il contratto amministrativo, dunque, è caratterizzato dall'esistenza di clausole esorbitanti dal diritto comune, cioè di clausole che, per sé considerate, non sarebbero possibili o anche solo usuali in un rapporto contrattuale tra privati. A fronte di queste manifestazioni del potere pubblico nell'ambito di vicende propriamente negoziali, tuttavia, i privati dispongono di alcune tutele. In primo luogo, è posto a carico dell'amministrazione l'obbligo di motivare l'esercizio del potere unilaterale in funzione del preminente interesse ad assicurare l'organizzazione e il funzionamento del servizio pubblico e in ragione della necessità di adeguamento a situazioni nuove riferite all'oggetto del contratto. In secondo luogo, è affermato il principio dell'equilibrio finanziario, che obbliga l'amministrazione a indennizzare il privato per i danni subiti a causa degli interventi unilaterali del soggetto pubblico.

L'ordinamento tedesco, invece, per lungo tempo, non ha elaborato una teoria dei contratti amministrativi. Nell'area del potere pubblico, infatti, si preferiva configurare un atto di sottomissione del privato stesso, che accede a un atto amministrativo. Per il resto, le attività con le quali le amministrazioni provvedono ai propri fabbisogni di beni materiali venivano considerate come mere attività strumentali a carattere fiscale, sottoposte alle norme di diritto privato. La giurisprudenza ha cominciato a delineare i caratteri del contratto di diritto pubblico soltanto nel secondo dopoguerra, soprattutto al fine di consentire un più facile adeguamento al mutare delle esigenze di interesse generale. È stata, dunque, la legge generale sul procedimento amministrativo

i contratti
amministrativi
o di diritto pubblico

del 1976 a disciplinare per la prima volta la fattispecie del contratto di diritto pubblico. La legge, infatti, riconosce l'ammissibilità dei contratti di diritto pubblico, come forma ordinaria di costituzione di un rapporto giuridico alternativa all'emanazione di un atto amministrativo. Per evitare che il cittadino sia vittima della sua condizione di subordinazione derivante dalla contemporanea soggezione alla potestà provvedimentale, peraltro, la legge pone alcuni limiti ai contenuti dei contratti e dunque agli impegni che il privato può assumere. In particolare, l'amministrazione non può richiedere in via contrattuale una prestazione più elevata di quanto sarebbe consentita dalla legge ove essa agisse in via unilaterale.

In altri ordinamenti a tradizione amministrativa, come l'Italia, la costruzione teorica della figura del contratto di diritto pubblico, invece, non ha trovato cittadinanza. Istituti fondamentali, che pure presentavano significativi elementi di consensualità, come le concessioni di beni e servizi pubblici, infatti, per lungo tempo sono stati considerati come atti amministrativi unilaterali. Soltanto con la legge sul procedimento amministrativo del 1990 ha trovato riconoscimento generale la possibilità per la pubblica amministrazione di stipulare accordi nell'esercizio dell'azione amministrativa, in luogo dell'adozione di un provvedimento o ai fini della determinazione del suo contenuto (art. 11, l. n. 241/1990). Gli accordi previsti dalla legge, dunque, sono di due tipi: quelli sostitutivi del provvedimento e quelli determinativi del loro contenuto. Mentre nel secondo caso un provvedimento vi sarà comunque (anche se modellato sull'esito dell'intesa negoziale raggiunta tra l'amministrazione e il privato), nel primo esso non costituisce più lo sbocco finale del corso procedimentale. Il momento dell'unilateralità, tuttavia, è recuperato a monte: l'organo che sarebbe competente all'adozione del provvedimento finale, infatti, deve previamente autorizzare la negoziazione e stabilirne i limiti con una determinazione formale (art. 11, co. 4-*bis*, l. n. 241/1990).

Come chiarisce la legge, l'accordo è stipulato «nel perseguimento dell'interesse pubblico» (art. 11, co. 1, l. n. 241/1990). Tale interesse, dunque, non costituisce soltanto motivo della parte pubblica stipulante, ma permea oggettivamente la causa dell'accordo, al punto da legittimare l'esercizio di poteri speciali da parte dell'amministrazione, come il diritto di recesso. Naturalmente, il privato presterà il suo consenso nella misura in cui egli ricavi un vantaggio dalla conclusione dell'accordo e dunque il suo interesse coincida con quello del pubblico, almeno in termini di riduzione del danno altrimenti derivante dal provvedimento (il privato che conclude un accordo bonario per la cessione del bene invece di subire l'espropriazione in realtà non massimizza il proprio interesse, ma almeno spunta un prezzo più favorevole dell'equo indennizzo).

L'accordo è concluso «in accoglimento di osservazioni e proposte» presentate dai privati intervenuti nel corso del procedimento (art. 11,

gli accordi
endo-procedimentali

perseguimento
dell'interesse pubblico
e proposte dei privati

co. 1, l. n. 241/1990). L'amministrazione è chiamata a promuovere il raggiungimento di una soluzione concordata. Il responsabile del procedimento, infatti, proprio «al fine di favorire la conclusione degli accordi», può predisporre un calendario di incontri in cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati. Come chiarisce la legge, l'accordo deve essere concluso «senza pregiudizio dei diritti dei terzi». La puntualizzazione sembra limitarsi a ribadire la regola civilistica secondo cui «il contratto ha forza di legge tra le parti», mentre non produce effetti nei confronti dei terzi se non nei casi previsti dalla legge (art. 1372 c.c.). Poiché l'accordo si sostituisce al provvedimento o ne determina il contenuto, la cautela del legislatore si spiega proprio con il fatto che l'atto amministrativo ben può ledere il terzo (il permesso di costruire accordato a un soggetto può danneggiare il suo vicino).

Dalla disciplina emerge una parziale assimilazione di questi moduli convenzionali ai negozi retti dal diritto privato, mediante il rinvio espresso e immediato ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti. Il richiamo al codice civile è però limitato, da un lato, dalla salvaguardia dell'applicazione di eventuali diverse previsioni di legge; dall'altro, dall'affermazione del criterio logico-giuridico della compatibilità. Inoltre, la tutela per le controversie derivanti da tali accordi è affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Infine, le sorti dell'accordo rimangono nella disponibilità unilaterale dell'amministrazione. Quest'ultimo profilo, in particolare, è reso evidente dal regime delle sopravvenienze, in base al quale la stabilità dei contenuti concordati è comunque subordinata alle mutevoli valutazioni dell'interesse pubblico operate dall'amministrazione. In particolare, la legge abilita l'amministrazione a recedere unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi subiti dal privato (art. 11, co. 4, l. n. 241/1990). Vi è, dunque, un parallelismo tra il recesso dall'accordo e la revoca del provvedimento amministrativo. I «sopravenuti motivi di interesse pubblico» che giustificano il recesso dall'accordo stanno pure a base della revoca (art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990). E, in entrambi i casi, sorge l'obbligo di provvedere all'indennizzo in caso di pregiudizi sofferti dai privati.

Le ipotesi di accordo amministrativo riconducibili al modello previsto dalla l. n. 241/1990, peraltro, sono piuttosto limitate. Tra queste vanno menzionate le convenzioni urbanistiche. Impiegate sin dalla seconda metà del XIX secolo, la giurisprudenza tende ora a considerarle accordi sostitutivi di provvedimento (Cons. St., IV, n. 3255/2008). Nell'ambito delle convenzioni urbanistiche, amministrazione e privati si fanno reciproche concessioni: trasferimenti di aree destinate alla costruzione di opere pubbliche in cambio di cessione di cubatura in altre aree; programmi integrati di intervento, a fini di riqualificazione e riconversione urbana. Il rinvio alla disciplina della l. n. 241/1990,

ambito e limiti
del regime civilistico

peraltro, consente all'amministrazione di disporre di un potere generale di recesso nell'interesse pubblico.

4.3. Le convenzioni a oggetto pubblico e il partenariato

Gli accordi esaminati nel precedente paragrafo sono conclusi a seguito dell'apertura di un procedimento, su richiesta dei privati e in esito a una decisione dell'amministrazione di ricorrere a uno strumento consensuale in luogo dell'adozione di un provvedimento. In altri casi, la legge ritiene necessario che l'amministrazione e i privati concordino le modalità di svolgimento di un'attività di interesse collettivo stipulando apposite convenzioni abitualmente definite a oggetto pubblico. L'oggetto è pubblico perché indisponibile per i privati: sia esso un bene demaniale, un servizio di interesse generale e talora persino l'esercizio di un potere autoritativo. Rientrano in questo schema, ad esempio, le convenzioni sanitarie stipulate tra Asl e cliniche private; le convenzioni che accedono al rilascio di provvedimenti di concessione; i contratti di servizio stipulati tra amministrazioni pubbliche e imprese affidatarie della gestione, soprattutto a livello locale.

Il caso più importante è quest'ultimo. L'amministrazione affida il compito di svolgere un servizio a un determinato soggetto, eventualmente anche in regime di esclusiva, qualora ciò sia necessario ai fini della prestazione di servizi di interesse economico generale (ai sensi dell'art. 106 T.fue). Questo soggetto è di norma selezionato mediante gara pubblica, direttamente ai fini della gestione; oppure indirettamente, qualora assuma la posizione di socio nell'ambito di una società mista a partecipazione pubblica preposta alla fornitura del servizio. In via eccezionale, l'ente affidatario può essere anche una società a partecipazione integralmente pubblica, definita *in house*, perché l'amministrazione esercita su di essa un controllo analogo a quello esistente sui propri uffici.

A seguito dell'affidamento, l'amministrazione e il gestore stipulano un contratto in cui, da un lato, sono fissati i termini del rapporto tra le parti stipulanti e, dall'altro, sono definite le modalità di erogazione del servizio in favore dei cittadini utenti. Queste ultime, in particolare, non possono essere lasciate nella disponibilità del soggetto gestore, perché altrimenti questi potrebbe abusare della sua posizione monopolistica imponendo prezzi eccessivi e offrendo servizi di bassa qualità e condizioni contrattuali svantaggiose. L'amministrazione, quindi, nel contratto di servizio, tutela sia l'interesse pubblico in quanto soggetto affidante, sia l'interesse collettivo dei fruitori delle prestazioni.

Questi contratti, in via generale, sono sottoposti alle regole del diritto privato. Tuttavia, l'amministrazione, diversamente da quanto accade nei contratti di diritto comune, può unilateralmente sciogliere

il vincolo contrattuale. La revoca dell'affidamento disposta per una diversa valutazione dell'interesse pubblico, ad esempio, si riverbera sul rapporto negoziale secondo quanto previsto dall'art. 21-*quinquies*, co. 1-*bis*, l. n. 241/1990. In tal caso, il gestore non ha diritto al risarcimento del danno subito, ma semplicemente a un indennizzo. Le controversie sull'esecuzione del contratto, in particolare quelle concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario. Quelle relative all'affidamento e all'eventuale revoca del servizio e quelle in materia di vigilanza sulla gestione spettano invece al giudice amministrativo (art. 133 c.p.a.).

Speciali moduli consensuali si sono poi sviluppati negli ultimi vent'anni soprattutto nel campo del partenariato pubblico-privato, con l'obiettivo di coinvolgere l'iniziativa privata nella costruzione e gestione di beni e servizi di pubblica utilità. Si tratta di un'evoluzione comune a tutti i principali Stati europei, anche se le discipline differiscono profondamente da paese a paese. Nell'ordinamento francese, ad esempio, i contratti di partenariato si caratterizzano essenzialmente per due aspetti: in primo luogo, per la missione globale assegnata dall'amministrazione al partner privato, consistente nella progettazione, costruzione, finanziamento e gestione di infrastrutture indispensabili per il servizio pubblico; in secondo luogo, per le modalità di remunerazione dell'impresa, oggetto di pagamenti ripartiti per tutta la durata del contratto e legata a obiettivi di risultato specificamente assegnati all'impresa.

L'esperienza più importante, tuttavia, rimane quella britannica della *private finance initiative*. Questa si caratterizza per due aspetti. In primo luogo, vi è una maggiore attenzione alla qualità dei servizi da prestare alla collettività. In secondo luogo, il modello inglese mette in concorrenza gli operatori, impegnati non solo nella progettazione e nella realizzazione dell'opera, ma anche nell'assunzione del rischio connesso alla gestione del servizio. L'obiettivo, dunque, è quello di trarre beneficio dalla capacità di innovazione e di rigore gestionale del settore privato al fine di modernizzare i servizi pubblici, di migliorarne la qualità e di conseguire, nel contempo, la più efficiente allocazione delle risorse pubbliche. Trasporti, scuola, sanità e difesa sono i settori che inizialmente hanno costituito oggetto dell'intervento privato. Nei settori più sensibili, dove gli interventi per la costruzione e la gestione delle infrastrutture si collocano in un ambito in cui l'attività esternalizzata tocca i diritti fondamentali della persona, peraltro, il partenariato è regolato da leggi speciali, come nel caso dell'affidamento ai privati della costruzione e della gestione delle carceri.

Anche l'ordinamento europeo, nell'ambito della strategia per il completamento del mercato interno, ha avviato una riflessione sul partenariato pubblico-privato. In proposito, i documenti europei richiamano l'obbligo, per le amministrazioni nazionali, di rispettare comunque i principi di trasparenza, parità di trattamento e propor-

l'oggetto pubblico

i contratti di servizio pubblico

il partenariato pubblico-privato