

Accordi procedurali

# Gli accordi fra privati e amministrazione: un istituto "virtuale" dagli accenti virtuosi

di Gabriella De Maio

Col presente contributo si affronta il tema degli accordi sostitutivi ed integrativi del procedimento nell'ottica di individuare gli spazi di utilizzo dell'istituto anche alla luce del rinnovato impulso normativo della L. n. 124/2015 volto a valorizzare la semplificazione dell'azione amministrativa, posto che l'esercizio consensuale del potere amministrativo rappresenta in tal senso uno strumento di indubbio rilievo. La disamina verte, pertanto, sulle ragioni del mancato decollo dell'istituto fra le quali anche le incertezze interpretative in merito alla relativa natura giuridica unitamente alla sottolineatura degli accenti virtuosi che esso invece possiede. Ne consegue la possibilità di un rilancio degli accordi *ex art. 11, L. n. 241/1990* che, se utilizzati in adesione alla *ratio* che li contraddistingue, possono svolgere un ruolo da protagonisti nel processo di modernizzazione del procedimento amministrativo. In tale ottica si evidenzia l'accento sui margini di utilità da parte del privato nell'utilizzo dell'istituto che si appalesa in tutta la sua forza mediante una disamina interdisciplinare di formule consensuali fra la P.A. e privati con particolare riguardo all'accertamento con adesione.

## Un approccio ricostruttivo "empirico" alla luce del diritto amministrativo europeo

Il tema degli accordi *ex art. 11* della L. n. 241/1990, da sempre, è stato oggetto di numerosi dibattiti in quanto contenente in sé una ampia contraddizione, ben colta da chi (1) nel parallelo fra realtà virtuale e realtà reale nel mondo informatico (2), evidenzia la similitudine tra navigazione cibernetica effettuabile mediante apposita strumentazione e l'evidente virtualistico approccio necessario allo studio degli accordi, posto che ad una specifica disciplina normativa e ad un "attento esa-

me da parte dei migliori amministrativisti che ne hanno analizzato a fondo tutte le sfaccettature", corrisponde, tuttavia, "un piccolo ma non trascurabile difetto", e cioè che ci si trovi innanzi ad "accordi mai nati (3)".

Una simile opinione non è, tra l'altro, neanche isolata atteso che, più volte, il dibattito dottrinario e giurisprudenziale in assenza di certezze, si è ritrovato, al fine di individuare qualche punto fermo in merito agli accordi di cui all'*art. 11* della L. n. 241/1990, a ricostruire tale istituto ragionando quasi *a contrario* e, cioè, partendo da un'analisi empirica piuttosto che (esclusivamente) dogmatica,

(1) Cfr. S. Giacchetti, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *www.lexitalia.it*, n. 10/2007, 1 ss.

(2) Secondo l'A. l'età in cui viviamo ha per protagonista l'informatica che si occupa, fra l'altro, della "cd. realtà virtuale: espressione che, sulle ali di un ossimoro, ci fa superare quel pur esile confine fra realtà ed immaginazione", consentendoci di "navigare in piena libertà come vogliamo, dove vogliamo, con chi vogliamo in un ciber spazio che possiamo vedere, sentire, toccare... un'esperienza emozionante". Pur tuttavia, egli precisa che "noi giuristi siamo più fortunati degli informatici, in quanto un'emozione analoga e senza bisogno di tanti stru-

menti complicati possiamo provarla semplicemente navigando in alcuni spazi del nostro ordinamento ed, in particolare, in quel ciber spazio creato dall'*art. 11* della legge n. 241/90 e, cioè, nel mondo degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento".

(3) L'A. in proposito precisa che il motivo di tale paradosso risiede in cause concrete, in quanto sono venute a mancare le condizioni giuridico-sociologiche per far nascere gli accordi, nonostante trattasi di una materia che ha "una sua specifica ed articolata disciplina normativa primaria e secondaria e che costituisce - sulla carta - una delle svolte più significative dell'eterna dialettica autorità-libertà".

rivolta in alcuni casi alla disamina di peculiari istituti.

Ciò dimostra l'importanza di adottare, con riferimento agli accordi di cui all'art. 11 della L. n. 241/1990, un approccio che muova da una disamina "empirica" volta ad individuare, per ogni singola fattispecie, l'effettiva presenza del potere discrezionale della pubblica amministrazione, in quanto solo in questo caso potrà parlarsi di accordi procedurali.

Sul punto occorre evidenziare i casi in cui la "maggiore tenuta" applicativa di tale istituto è coincisa con ampi margini di convenienza per il privato nel procedere al suo utilizzo: ipotesi in cui l'istituto *de quo* da astratta previsione normativa è diventato, in piena coerenza con la *ratio* ad esso sottesa, un utile strumento di esercizio del potere discrezionale in armonia, più che in contraddittorio, con gli interessi del privato coinvolto.

L'istituto è, poi, stato oggetto di ulteriori modifiche con l'art. 1, comma 47, L. n. 190/2012 che - al fine di garantire l'imparzialità e la massima trasparenza dell'attività amministrativa - ha aggiunto al comma 2 dell'art. 11 della legge sul procedimento - la disposizione secondo la quale agli accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento si applica la disciplina sulla motivazione di cui all'art. 3. Pertanto, tali accordi devono essere motivati, con l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

Da ciò emerge evidente la necessità di rilanciare il tema degli accordi sostitutivi ed integrativi del pro-

cedimento nell'ottica di individuare gli spazi di utilizzo dell'istituto anche alla luce del rinnovato impulso normativo della L. n. 124/2015 volto a valorizzare la semplificazione dell'azione amministrativa, posto che l'esercizio consensuale del potere amministrativo rappresenta in tal senso uno strumento di indubbio rilievo (4).

Un diverso approccio all'istituto, d'altronde, si rende necessario anche alla luce della contestualizzazione del diritto amministrativo nell'ordinamento europeo (5), il quale non consente più di separare con assoluta nettezza il campo pubblicistico da quello privatistico.

Il diritto comunitario, infatti, ha ormai fortemente impattato sul diritto amministrativo, in quanto il primo ha conferito rilievo a "categorie giuridiche unificanti, che così si sono imposte in tutti gli Stati dell'Unione" (6), dando al diritto amministrativo "una maggiore centralità specie per la sua duttilità caratterizzante l'esame delle questioni nel corso del procedimento ed in sede giurisdizionale".

In proposito giova evidenziare la tesi di chi (7) sostiene che da quando l'UE si compone di Paesi ispirati i sistemi di *Civil Law* e di *Common Law*, "si è verificata una loro progressiva assimilazione", per cui i Paesi di *Common Law* non possono che dare applicazione alle direttive e alla normativa di recepimento, con sempre maggiore espansione del diritto scritto, mentre, i Paesi di *Civil Law* hanno riconosciuto la rilevanza dei macro-principi, fino al punto di assumere l'obbligo di ispirare e di adeguare i propri ordinamenti a questi macro-principi, sebbene non discendenti dalla Costituzioni nazionali (8).

(4) In tal senso cfr. M.A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, Report annuale 2013 - Italia, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com). Secondo l'A. l'esercizio consensuale della potestà amministrativa rappresenta uno strumento di semplificazione di rilevante innovatività, poiché, rispetto al tradizionale esercizio del potere amministrativo in forma unilaterale ed autoritativa, vede l'Amministrazione andare alla ricerca del consenso del privato o di altre Amministrazioni, (al fine di coinvolgere anche nella fase procedimentale interessi diversi rispetto a quelli tutelati dalla P.A. precedente e, soprattutto, al fine di ridurre il ricorso alle vie giudiziarie), in un'ottica maggiormente rispondente ai principi di democrazia e alla nuova conformazione della struttura sociale come pluralità di centri di potere.

(5) Sul punto cfr. E. Bonelli, *Efficienza, partecipazione ed azione amministrativa: Regioni ed Enti locali a confronto con la riforma del procedimento*, 2, in *L'Informatore delle Autonomie locali*, n. 7/2005. Secondo l'A. il richiamo al diritto comunitario è, invero, l'inevitabile risposta al fenomeno della continua e rapidissima evoluzione dell'integrazione europea, che coinvolge in questo caso i rapporti Stato-cittadini, su cui ha avuto modo di pronunciarsi più volte la nostra Corte costituzionale, nel senso di ritenere "obbligati gli organi amministrativi a disapplicare la norma interna, se in conflitto con quella comunitaria diretta-

mente applicabile". Tra i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE., risultano di particolare interesse, rispetto a quelli nazionali, il principio di proporzionalità (presente nel nostro ordinamento come una delle manifestazioni del criterio di ragionevolezza, secondo cui ogni misura adottata dalla P.A. deve essere proporzionale a quanto richiesto dagli obiettivi perseguiti, e quello del legittimo affidamento, che rileva come "fortemente caratterizzante in termini di tutela dell'interesse privato", in quanto esso consiste nell'evitare che una situazione vantaggiosa assicurata al privato da un atto concreto della P.A. possa essere successivamente rimossa e/o affievolita.

(6) In tal senso L. Maruotti, *op. cit.*, 2, il quale precisa che tale influenza è ravvisabile con riferimento agli appalti pubblici, ai principi riguardanti l'affidamento dei pubblici servizi, ai limiti in cui può esservi un appalto *in house*, ai principi processuali e sostanziali sulla effettività della tutela.

(7) Cfr. L. Maruotti, *Diritto comunitario e diritto amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 3.

(8) Più precisamente l'A. sostiene che tra i macro-principi vanno annoverati quelli richiamati nell'art. 6 del Trattato di Maastricht, cioè alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Basti pensare alle sentenze della Corte costituzionale in materia di esproprio (n. 348 e n. 349 del 20 otto-

La primazia del diritto comunitario (9), dunque, nel tendere al ravvicinamento e all'unificazione dei diritti nazionali impone un'"esigenza di uniformità" senza la quale l'ordinamento comunitario sarebbe come "una forma di formaggio *gruyère*", in cui ciascuno stato potrebbe fare buchi che minano la compattezza della pasta di formaggio! (10).

In tale scenario, diventa di fondamentale importanza il ruolo del giurista quale operatore che, nella fase di interpretazione, tenga conto non solo della astratta previsione normativa, ma anche della portata applicativa dell'istituto nell'ordinamento interno ed alla luce dei principi comunitari.

Da tali premesse è possibile operare una disamina ricostruttiva ed interpretativa dell'istituto degli accordi procedurali che conduca ad un rilancio

all'utilizzo dello stesso quale strumento consensuale che, nel valorizzare anche gli aspetti di convenienza del privato, possa condurre all'accelerazione ed alla semplificazione dell'azione amministrativa nonché alla deflazione del relativo contenzioso.

### Il dibattito sulla natura giuridica dell'istituto

A tal fine appare utile ripercorrere il dibattito sulla natura giuridica degli accordi sostitutivi ed integrativi del provvedimento (11), da sempre, incentrato su diverse teorie interpretative riassumibili nel dualismo fra la visione pubblicistica e quella privatistica (12). È palese che dalla posizione che si assume con riferimento a tale problematica (13), possono discendere soluzioni interpretative ed operative an-

bre 2007) che hanno riconosciuto come le leggi siano incostituzionali quando prevedano una tutela del diritto di proprietà incompatibile con le disposizioni ed il protocollo aggiuntivo della medesima Convenzione del 1950, sia se si tratti di una inadeguata indennità di esproprio, sia quando il risarcimento del danno sia fissato dalla legge in misura inferiore a quello effettivamente derivante da un illecito della pubblica amministrazione.

(9) Per un quadro sulla primazia del diritto comunitario, v. A. Albi, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; M. Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 2005, 262 ss.; M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2006; R. Schütze, *Supremacy Without Pre-Emption? The Very Slowly Emergent Doctrine of Community Pre-Emption*, in *Common Market Law Review*, 2006, 1023 ss.; T. Schilling, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Some Supplementations to Matthias Kumm*, in *European Law Journal*, 2006, 173 ss.; G. Tesauero, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2006, 235 ss.; A. Tizzano, *La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de Justice et les juridictions constitutionnelles nationales*, in *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2006, 9. Cfr. anche M. Berri, *Brevi riflessioni sulla "lezione" della Corte comunitaria*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1153 ss.; F. Riccioli, *Preoccupanti contrasti tra Corte comunitaria e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1978, 204 ss.; R. Monaco, *Sulla recente giurisprudenza costituzionale e comunitaria in tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. dir. eur.*, 1978, 287 ss.; G. Olmi, *Diritto comunitario e giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1978, 429 ss.; F. Mosconi, *Contrasto tra norma comunitaria e norma interna posteriore, possibili sviluppi dopo la sent. n. 106 del 1977 della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. internaz. priv. e process.*, 1978, 515 ss.; P. Barile, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 1978, 641 ss.; M. Franchini, *Il diritto comunitario tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1978, 116 ss.; L. Gotti Porcinari, *Norme interne contrastanti con norme comunitarie*, in *Giur. agr. it.*, 1978, 494 ss.; P. Gori, *Preminenza e immediata applicazione del diritto comunitario per forza propria*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 681 s. s.; A. Barav, *Observation sous l'arrêt Simmenthal. Les effets du droit communautaire directement applicable*, in *Cahiers dr. eur.*, 1980, 260 ss.

(10) Cfr. A. Celotto, *La primauté nel Trattato di Lisbona*, in *www.giustamm.it*, 1.

(11) Sul punto cfr. G.P. Cirillo, *I contratti e gli accordi delle*

*amministrazioni pubbliche*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(12) Va, comunque, precisato che, almeno alla luce di recente giurisprudenza di cui si dirà più avanti, una delle poche certezze ricavabili dalle innumerevoli discussioni sorte in merito alla applicabilità ed utilizzabilità in concreto dello strumento consensuale di cui all'art. 11 della L. n. 241/1990, è l'istituto della cessione bonaria per la quale ha prevalso la tesi privatistica con devoluzione della competenza alla giurisdizione ordinaria.

(13) La tesi della natura contrattuale e privatistica degli accordi è stata sostenuta, pur con vari argomenti e accenti, tra gli altri, da B. Cavallo, *Accordi e procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso* (L. 7 agosto 1990, n. 241), AA.VV., Napoli, 1991, spec. 81-82; G. Corso - F. Teresi, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, 1991, 71 ss.; F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, spec. 238 ss. e 243 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, spec. 147 ss.; Id., *Funzione amministrativa, uso del diritto privato e privatizzazione*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2001, 44-45; Id., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 463 ss.; G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 151-152; N. Paolantonio, *Autoregolazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. Stato*, 2000, II, spec. 794 ss. e 801 ss.; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, 307 ss. e 316-317; A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 257 ss.; C. Maviglia, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, spec. 41 ss., 72 ss. e 107 ss. Successivamente all'entrata in vigore della L. n. 15/2005, si v. altresì S. Civitarese Matteucci, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*. Saggi ordinati in sistema, AA.VV., a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, spec. 101 ss.; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 242 ss.; L. Monteferrante, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in *Riforma della l. 241/1990*, AA.VV., *www.lexitalia.it*, 40 ss.; G. Manfredi, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 334 ss.; D. Sorace, *Accordi amministrativi e accertamenti con adesione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 140.

*Contra*, tra gli altri, E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 63 ss.; F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 41 ss.; Id.,

che opposte sia di carattere sostanziale che processuale (14).

Preliminarmente va detto che da tempo la dottrina, con contributi di notevole spessore, è arrivata a dimostrare la compatibilità dell'esercizio del potere discrezionale con la bilateralità della fattispecie e ciò sia in ordine al profilo strutturale che della produzione degli effetti (15); altrettanto convincenti, anche se meno condivise all'interno della stessa dottrina, sono le argomentazioni addotte per sostenere la natura contrattuale degli accordi tra amministrazione e privati sull'esercizio del potere.

La questione teorica centrale che segna e demarca la reale distanza tra i due filoni interpretativi all'interno della teoria privatistica riposa proprio nella

natura giuridica del potere esercitato dall'amministrazione in sede di stipulazione (16).

Parte della dottrina (17), invece, ha motivato la natura pubblicistica degli accordi, sottolineandone i risvolti legati all'esercizio della discrezionalità e, segnatamente, connessi alla peculiarità dell'azione amministrativa volta al perseguimento di un pubblico interesse.

Tali elementi, volti a valorizzare una risalente visione dell'attività amministrativa, si sono incentrati, ad esempio, sull'istituto del recesso unilaterale e dell'indennizzo che il privato può invocare a fronte della manifestazione di volontà dell'amministrazione di abbandonare volontariamente ed unilateralmente il rapporto.

*Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, AA.VV., *Atti del XLVII Convegno di Studi*, Varenna-Villa Monastero, 20-22 Settembre 2001, Milano, 2002, 32-33 e 36-37; F. Benvenuti, *Disegno della Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 187-188, 193-194, 218 e 264-265; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, spec. 171 ss.; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, 103 ss., 140 ss. e 159 ss.; P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, spec. 185-186 e 194 ss.; E. Picozza, *Gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni: art. 11 legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *La legge sul procedimento amministrativo. Legge 7 agosto 1990 n. 241. Prospettive di alcuni istituti*, AA.VV., a cura di F.P. Pugliese, Milano, 1999, 14 ss.; F. Cangelini, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, 303 ss., 309 ss. e 316 ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 535 ss.; G. Rossi, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000, 249; A. Travi, *Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, V, cc. 278 ss. Dopo l'entrata in vigore della L. n. 15/2005, si v. altresì F. Cangelini, *Articolo 11, commi 1 e 4 bis. Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in AA.VV.; G. Rossi, *Diritto Amministrativo, I, Principi*, Milano, 2005, 355 ss.; E. Sticchi Damiani, *Gli accordi amministrativi*, cit., 30 ss.; N. Bassi, voce *Accordi amministrativi*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, I, spec. 88 ss.; N. Bassi, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, AA.VV., a cura di M. Cammelli, Bologna, 2007, 466; F. Cangelini, *Gli strumenti consensuali dell'azione pubblica: accordi tra amministrazioni e accordi con i privati nel mutato quadro dogmatico introdotto dalla legge 15/2005*, in *Territorialità e delocalizzazione*, AA.VV., cit., 475 ss. e 493 ss.; M. Dugato, *L'oggetto dell'accordo amministrativo*, cit., 159 ss.; F.G. Scoca, *L'attività amministrativa*, Capitolo 1 della Parte 3 del volume collettaneo *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2008, 181-182; Id., *Gli accordi*, Capitolo 1 della Parte 6 del medesimo volume, 412 ss.; A. Massera, *I contratti*, Capitolo IX del volume collettaneo *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2009, 350 ss.

Una posizione intermedia è invece quella assunta, pur con ricostruzioni tra loro in parte differenti, fra gli altri, da E. Bruti Liberati (di cui si v. *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, spec. 45 ss., 70 ss., 113 ss. e 157 ss.; voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*,

Agg., V, Milano, 2001, spec. 6 ss., 12 ss. e 16 ss.), da M. Imbordino (di cui si v. *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 136 ss.; *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, spec. 142 ss.) e da G. Greco (di cui si v. *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, *Dir. amm.*, 1999, spec. 381-382, 389 ss. e 394 ss.; *Il regime degli accordi pubblicistici*, in., *Autorità e consenso*, cit., AA.VV., 161 ss.; *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2004, 99-154, 165-187 e 295-298; *Accordi amministrativi e principio di legalità*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di Studi, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, Milano, 2008, spec. 432 ss.; *Gli accordi amministrativi*, Capitolo IX della raccolta di saggi dello stesso Autore intitolata *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, spec. 149 ss.), secondo i quali gli accordi sono contratti, ma sono contratti di diritto pubblico e non hanno, perciò, natura privatistica.

(14) Basti pensare alla configurabilità di una pretesa alla stipulazione dell'accordo, all'ammissibilità di una responsabilità precontrattuale per violazione del dovere di buona fede nelle trattative, alla configurabilità di un diritto soggettivo alla adozione del provvedimento conforme al contenuto dell'accordo integrativo, alla natura dei vizi dell'accordo ed infine alla natura e, quindi, al regime giuridico del recesso.

(15) G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*. Milano, 1984.

(16) Ed infatti, come prima evidenziato, tra gli autori che accedono ad una ricostruzione sostanzialmente contrattuale degli accordi ve ne sono alcuni, come E. Bruti Liberati, *op. cit.*, 85-102; S. Civitarese Matteucci., *op. cit.*, 139-143; G. Greco, *op. cit.*, 126-131; V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, III, Torino, 1994, 125 per i quali gli accordi procedurali sarebbero comunque esercizio di potere amministrativo discrezionale; per altri, come ad esempio, N. Paolantonio, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 793 ss. e G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 94-98 e 102-105 sarebbero, invece, esercizio del potere di autonomia privata della pubblica amministrazione. Sostengono che, in ogni caso, il ricorso al modulo consensuale rappresenti una forma di esercizio del potere amministrativo F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1486-1487 ed A. Scognamiglio, *Sui collegamenti di atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 307.

(17) Cfr. N. Paolantonio, in *Accordi e giurisdizione amministrativa*, in *www.lexitalia.it*.

Secondo i sostenitori di questa tesi, infatti, l'accordo non è un contratto di diritto privato, ma una particolare figura di accordo amministrativo, una forma ibrida di modulo consensuale riconducibile, però, sotto il profilo della natura giuridica ad un inquadramento prevalentemente pubblicistico.

Solo in tempi più recenti la dottrina (18) ha cercato di accostare l'istituto ai "moduli" di esercizio della funzione pubblica in forma privatistica, orientandosi verso un modulo convenzionale di esercizio del potere, o della funzione.

Tuttavia, nell'ambito della nuova visione dell'agire amministrativo improntato su moduli partecipativi e consensuali, nell'ottica di una maggiore trasparenza e partecipazione del cittadino, le tesi relative alla natura pubblicistica appaiono più vulnerabili alle critiche, quanto meno sotto il profilo della considerazione del potere pubblico come "imposizione dall'alto" e che pone l'amministrazione in una posizione di supremazia sul cittadino se non di "privilegiata" parte di un accordo.

In tale nuovo contesto, pertanto, si collocano con più forza, le opinioni dottrinarie legate ad una visione privatistica dell'istituto *de quo*, secondo le quali il dato normativo di maggiore impatto sul punto è indubbiamente rappresentato dall'art. 1 della L. n. 15 del 2005 laddove, nel modificare l'art. 1 della L. n. 241 del 1990, introduce il comma 1 *bis* a mente del quale "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge disponga diversamente" (19).

Ora, la riflessione dottrinale sul carattere autoritativo del provvedimento, o, a seconda delle rico-

struzioni, del potere, è sostanzialmente concorde nell'affermare che laddove v'è il consenso del destinatario degli effetti deve escludersi il carattere autoritativo dell'atto, salvo poi discutere se l'autoritatività permanga o meno nei confronti dei terzi eventualmente incisi dall'esercizio del potere.

Partendo da una simile premessa vi è chi (20) ritiene che l'accordo, quale atto fondato sul consenso delle parti e quindi necessariamente non autoritativo, dovrà sempre essere adottato secondo le norme di diritto privato che, per l'appunto, rinvergono nel principio di autonomia uno dei cardini del sistema. Esso, pertanto, dovrebbe essere considerato manifestazione di esercizio bilaterale del potere di autonomia privata previsto dall'art. 1322 c.c.

Sempre sul piano del diritto positivo deve ancora osservarsi che, nella nuova costruzione della fattispecie disegnata dal legislatore, la valutazione di pertinenza dell'accordo allo scopo d'interesse pubblico normativamente prefissato e le stesse ragioni di opportunità che inducono l'amministrazione alla stipula dell'accordo, refluiscono interamente nella determinazione preliminare che deve necessariamente precedere la stipula dell'accordo; attraverso tale deliberazione l'organo competente valuta l'opportunità e la sussistenza dei presupposti di legge per la stipula dell'accordo.

Lo svolgimento del potere si arresta con l'assunzione della delibera preliminare (21); successivamente v'è agire funzionale (e cioè esercizio di autonomia nei limiti di compatibilità prestabiliti dalla previa determinazione discrezionale) ma non funzione in senso tecnico, secondo la nota accezione di Benvenuti (22), atteso che il contenuto dell'accordo, in

(18) Cfr. par. 3.

(19) Sui rapporti tra gli artt. 1 *bis* ed 11 della L. n. 241/1990 cfr. F. Liguori, *La funzione amministrativa*, Napoli, 2009, 34 ss. per il quale: "il comma 1-bis dell'art. 1 e l'art. 11 hanno riguardo ad ambiti diversi: le ipotesi di cui all'art. 11 ricadono, infatti, in quanto riferite a poteri autoritativi negoziabili solo nelle forme degli accordi, nell'ambito delle eccezioni al principio di uso del diritto privato. Il comma 1-bis non afferma affatto che il potere autoritativo è sempre negoziabile direttamente, limitandosi ad indicare il diritto privato come il diritto 'normale' delle esplicazioni non autoritative, mentre le manifestazioni autoritative continuano ad essere negoziabili solotanto con le modalità di cui all'art. 11. D'altronde, se anche il potere autoritativo fosse sempre disponibile con strumenti di diritto comune 'puri', non avrebbe più senso la disposizione sugli accordi".

(20) Cfr. sul punto L. Monteferrante, *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, Relazione al Convegno su "Le nuove norme generali dell'azione amministrativa: la legge 11.02.2005, n. 15 e le successive modifiche", Pescara, 2005 in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), secondo il quale: "il comma 1 *bis* può essere valorizzato nella prospettiva sopra richiamata di una possibile rilettura in chiave privatistica degli istituti del diritto amministrativo. Se infatti gli accordi ex art. 11 sono indubbiamente, come si è detto, atti

non autoritativi, di cura concreta di interessi pubblici, come peraltro ribadisce espressamente lo stesso art. 11, allora può fondatamente affermarsi che essi devono essere conclusi secondo le norme del diritto privato e che quindi gli stessi abbiano natura intrinsecamente privatistica, come peraltro testualmente affermato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza 204 del 2004. Si intende dire, in definitiva, che la dibattutissima questione della natura giuridica degli accordi ex art. 11 deve probabilmente oggi essere rimediaata anche alla luce del nuovo comma 1 *bis* in una prospettiva di interpretazione sistematica dell'istituto". Ed ancora sul punto L. Monteferrante, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in Riforma della L. n. 241/1990 e processo amministrativo, Supplemento n. 6/05 della rivista *Foro amm. TAR*, 39 ss.

(21) Sul punto cfr. più avanti M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010 per il quale la determinazione amministrativa funge da "cesura" tra la fase pubblicistica di formazione dell'accordo e quella privatistica relativa alla sua esecuzione.

(22) F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss. e, dello stesso autore, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.

quanto giuridicamente impegnativo, non è suscettibile di contestazione tra le parti e, soprattutto, la dichiarazione di volontà dell'amministrazione non potrà essere contestata invocando i vizi di legittimità del provvedimento amministrativo.

Dalle premesse appena formulate discenderebbe che il regime giuridico della validità e degli effetti dovrebbe essere quello proprio dei contratti.

Tuttavia, anche la tesi privatistica non è sembrata risolutiva dei dubbi e delle criticità che emergono con riferimento alla analisi, ma soprattutto ai profili applicativi, dello strumento consensuale degli accordi procedurali.

Alcuni autori hanno, perciò, sviluppato una tesi intermedia, sottolineando che, con la modifica dell'art. 11, operata dall'art. 7 della L. 11 febbraio 2005, n. 15, il legislatore ha voluto introdurre una chiara distinzione tra la stipulazione dell'accordo e la determinazione che necessariamente la precede. La finalità della determina è chiaramente quella di accertare preventivamente il rispetto dei vincoli legali e costituzionali all'azione amministrativa, sicché può essere qualificata alla stregua di un atto di giudizio in ordine ad una possibilità di azione, quella consensuale per l'appunto.

In questa fase l'organo competente valuta essenzialmente se l'ipotesi di accordo prospettata dall'interessato sia lesiva dei diritti dei terzi e se rispetti il principio di legalità e ciò non solo in riferimento all'imparzialità ed al buon andamento ma anche in relazione al così detto vincolo di scopo e, cioè, alla necessaria pertinenza del contenuto precettivo o dispositivo dell'accordo alla finalità di interesse pubblico normativamente prestabilita.

La determinazione in questione, peraltro, "non ha solo efficacia accertativa circa l'inesistenza di limiti legali all'azione ma anche costitutiva" (23) poiché nell'ipotesi in cui il vaglio di legalità sia superato positivamente, ha altresì l'effetto di rendere il potere amministrativo giuridicamente disponibile attraverso un atto consensuale, così rimuovendo il limite legale che ne impedisce ogni forma di negoziabilità.

Essa rileva, pertanto, alla stregua di un requisito legale dell'oggetto, ai sensi dell'art. 1346 c.c., quale coelemento essenziale dell'accordo, in quanto rende giuridicamente possibile e, quindi, lecita la posi-

zione di un precetto in ordine all'esercizio del potere.

Ne discende che l'art. 11 della L. n. 241 del 1990 non rappresenta la norma base su cui fondare un autonomo potere di conclusione di contratti di diritto pubblico, ma, più semplicemente, è una disposizione che autorizza l'amministrazione "a rendere giuridicamente possibile l'oggetto del contratto, inteso come figura generale ed unitaria del pensiero giuridico, secondo una relazione di *species a genus*", laddove l'elemento individualizzante è rappresentato dall'oggetto e cioè dal potere amministrativo.

Il potere amministrativo viene in tale modo "doppiato dal potere di autonomia negoziale (24)" che variamente lo condiziona nei suoi presupposti di esercizio attraverso la posizione di una nuova regola di disciplina, integrativa della norma attributiva del potere in svolgimento nel procedimento, che l'amministrazione si obbliga liberamente a rispettare nell'adozione del provvedimento finale. Solo impropriamente può pertanto affermarsi che l'accordo realizza una forma di *negoziatio* del potere in quanto gli effetti dell'accordo si producono, in realtà, in relazione alla norma attributiva del potere, determinando il completamento della fattispecie normativa astratta. Ne consegue che, per tale ragione, esso ha carattere essenzialmente normativo e solo indirettamente dispositivo.

La determinazione in questione esprime, al contempo, la valutazione circa la convenienza amministrativa del ricorso allo strumento consensuale; si tratta, come è evidente, di una valutazione che dovrà essere condotta secondo le regole generali sull'esercizio della discrezionalità; attraverso di essa l'amministrazione esterna le ragioni che potrebbero rendere utile il ricorso allo strumento consensuale. Da questo punto di vista e con riferimento all'esercizio del potere, deve ritenersi di perdurante attualità l'osservazione di Cammeo secondo cui "il diritto pubblico è il diritto comune, ordinario per i rapporti fra individuo e Stato" i quali devono dunque "presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v'è espressa e chiara ragione in contrario" (25), con la precisazione che quando l'amministrazione decide di avvalersi di moduli consensuali nell'esercizio della funzione, intesa in senso tecnico, deve agire

(23) L. Monteferrante, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, op. cit., in *www.lexitalia.it*, 3.

(24) Espressione ripresa da L. Monteferrante, op. cit., 5 ss., così come citata da V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*,

2003, 219, per stigmatizzare la più recente tendenza dell'ordinamento verso l'opposto principio di preferenza per il diritto privato.

(25) V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 219.

secondo le regole del diritto privato, salvo disposizione contraria.

Poiché, per i motivi esposti, l'amministrazione, nello stipulare l'accordo, esercita il potere di autonomia negoziale riconosciuto dall'ordinamento a tutti gli enti pubblici; la stessa decisione di determinarsi o meno alla stipula non potrà che essere espressione di quella medesima libertà che caratterizza il concetto di autonomia negoziale.

La determinazione preliminare è atto d'esercizio di un potere in senso tecnico il cui fondamento va rinvenuto nell'art. 11 della L. n. 241 del 1990; la volontà di impegnarsi con l'accordo, al contrario, è espressione del generale potere di autonomia negoziale riconosciuto dall'art. 11 c.c. e, in quanto tale, non può essere espressione di doverosità ma di libertà.

Interessante appare lo spunto offerto da chi (26) sostiene che gli accordi rappresentano oggi l'ultima tappa della lunga marcia che l'interesse legittimo ha compiuto dall'autorità al consenso, in quanto, rispetto al passato, i cittadini hanno acquistato non solo il potere di opporsi ad attività illegittime ma anche quello di inserirsi attivamente nei circuiti decisionali dell'amministrazione in un quadro generale di leale collaborazione.

Più precisamente la L. n. 241/1990 valorizzerebbe l'ascesa di questa nuova tipologia di interessi, attribuendo ai cittadini una duplice opzione: la partecipazione al procedimento come ipotesi generalizzata e la partecipazione "all'accordo accessivo al provvedimento", accordo che non solo sarebbe funzionale al provvedimento ma anche al complessivo assetto di interessi disciplinati dal provvedimento e che, da quest'ultimo, resterebbe formalmente autonomo.

Vi è, inoltre, chi sostiene che alla base della disciplina degli accordi cui all'art. 11 vi sia un'area di autoritatività che va delimitata alla luce di una dicotomia discrezionale - vincolato che, prescindendo dai profili giurisdizionali, "riconsegna l'attività vincolata alla relazione di diritto comune tra diritto ed obbligo, depotenziando gli aspetti formali e procedurali, salvaguardati in tutta la loro ampiezza soltanto nelle vicende a risultato incerto" (27).

Un'indubbia originalità contraddistingue anche l'approccio metodologico di indagine di chi (28) traccia, al fine di giungere all'individuazione di attuali linee di tendenza, il bilancio del dibattito ventennale lungo tre tappe evolutive: la fase ideologica, la fase tipologica e la fase operativa.

Segnatamente, la prima fase che è seguita all'approvazione della L. n. 241/1990, è consistita in un dibattito condizionato dalla logica dicotomica autorità-consenso ed orientato alla definizione della natura giuridica degli accordi (29).

Si è, poi, passati alla fase tipologica sospinta da un atteggiamento puramente formalistico, improntato ad esigenze di tipo definitorio e classificatorio, volto cioè ad individuare i tipi riconducibili alle fattispecie di cui all'art. 11. Infine, si è pervenuti alla fase più matura di evoluzione del principio, basata su un approccio più sostanzialista riscontrabile nella tendenza recente della giurisprudenza (30) alla deformalizzazione della varie figure di accordi (31). Secondo questa dottrina "è nella prassi che si sperimentano strumenti consensuali volti a rispondere utilmente alle problematiche della vita. Al di fuori degli usuali richiami categoriali e dei conseguenti condizionamenti dogmatici, dunque, si guarda alla concreta operazione (32) posta in essere dalle parti e si riconosce la valenza di accordi ad ogni docu-

(26) In tal senso S. Giacchetti, *op. cit.*, in *www.lexitalia.it* n. 10/2007, 1.

(27) Cfr. F. Liguori, *op. cit.*, 34-35.

(28) Cfr. G.D. Comperti, *Il principio di con sensualità tra bilanci e prospettive*, in *www.giust-amm.it*.

(29) L'Autore parla di un processo di definizione operato attraverso categorie interne alle rispettive tradizioni disciplinari, usate come "una sorta di tranquillizzante punto di riferimento", senza contestualizzazione e consapevolezza della loro evoluzione, e perciò spesso ridotte a "meri simulacri formali, nient'altro che parole dietro le quali non c'è più la sostanza che ne aveva connotato la storia". Sui limiti di tali operazioni definitorie, cfr. E.M. Cioran, *Précis de décomposition*, trad. it. *Sommario di decomposizione*, Milano, 1996, 18-19, secondo il quale: "racchiudere una cosa in una definizione, sia pure arbitraria... significa respingerla, renderla scialba e superflua, annientarla".

(30) Sulla vicenda di un verbale di riunione per concordare le modalità del successivo esercizio del potere di regolarizzazione di opere edilizie abusive è intervenuto prima il T.A.R. Liguria, I, n. 542/2006 che, fuoriuscendo dagli schematismi propri dell'analisi per tipi, ha parlato di "schema concettuale...

modulo aperto suscettibile di vari modelli e graduazioni (consensuali) a seconda degli interessi pubblici coinvolti"; poi Cons. Stato, Sez. IV, n. 6344 del 2007 che ha ammesso accordi anche nel caso di procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti di natura sostanzialmente vincolata, come le autorizzazioni edilizie, sussistendo pur sempre fasi caratterizzate dall'esercizio di discrezionalità quanto meno tecnica sul *quantum*, il quomodo ed il quando degli adempimenti da eseguire. L'accordo procedimentale è stato così definito come "strumento di semplificazione idoneo a far conseguire a tutte le parti un'utilità ulteriore rispetto a quella che sarebbe consentita dal provvedimento finale".

(31) Per il cui esame si rinvia soprattutto a N. Bassi, *Una giusta dose di flessibilità nell'applicazione degli istituti della consensualità amministrativa*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 430.

(32) A tale quadro pare riconducibile anche T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, n. 190 del 2009, in materia di concessioni di aree demaniali in ambito portuale (una delle poche ipotesi legali di accordi sostitutivi ex art. 18, L. n. 84/1994), con la precisazione che l'accordo preliminare "mira in sostanza alla prevenzione del contenzioso, realizzando una posizione mediana

mento che rechi una pattuizione utile sulle modalità di esercizio di un potere pubblico”.

In definitiva, come venne evidenziato in un saggio degli anni '90 (33) sull'argomento, quando si tende a leggere le categorie in termini descrittivi delle possibili forme di regolazione dell'esercizio di potestà pubbliche, si superano i limiti di presunte ontologie e si approda ad una visione “innocua” che si presta a svariate combinazioni, “non avendo alcun tratto che possa dirsi particolarmente sconvolgente”.

Secondo tale opinione sembrerebbero ammissibili accordi che precedono ma anche seguono cronologicamente il provvedimento, con funzione determinativa e specificativa del suo contenuto (34); accordi preliminari o procedurali, aventi cioè ad oggetto il livello degli approfondimenti istruttori da porre in essere o i tempi del procedimento (35).

Al centro di tale nuova declinazione della consensualità vi è, dunque, la ricerca di strumenti adeguati a rappresentare e governare la mutevole mappa degli interessi che è delineata dai casi della vita. Simile ricerca si sviluppa in forme sempre nuove guadagnando un crescente ambito applicativo. Si è così potuto osservare che “la transizione dall'autorità all'accordo...è avvenuta...con tempi e modalità diverse un po' in tutte le politiche pubbliche. Per esempio nel campo della sicurezza e in quello dell'ambiente, nel campo delle politiche sociali... e in quello delle politiche per i tempi e gli orari, negli interventi di riqualificazione urbana e nelle politiche di sviluppo locale (36)”.

Elenco al quale potrebbero aggiungersi anche le politiche regolatorie (con gli impegni), quelle fiscali (con gli accertamenti con adesione di cui si dirà più avanti) (37), le commesse pubbliche (con

---

fra posizioni altrimenti inconciliabili, aventi ad oggetto il contenuto del provvedimento e non già l'esito genericamente favorevole del procedimento”, e che la successiva emanazione del provvedimento non lascia alla pregressa vicenda negoziale una esclusiva valenza storico-narrativa, in quanto essa si pone come momento esecutivo “del più complesso quadro negoziale scaturente dall'accordo preliminare”.

Nella medesima direzione, sembra pure collocarsi Cons. Stato, Sez. V, n. 5845/2008 (in *Giurisd. amm.*, 2008, I, 1583) che, nel rivedere l'impostazione eccessivamente schematica e formalistica seguita dal T.A.R. Lazio, Sez. Il ter, n. 7119/2007 nell'interpretare la complessa operazione di dismissione del pacchetto azionario (75%) di Centrale del Latte da parte del comune di Roma, ha operato avendo di mira il quadro completo degli interessi economici, sociali, occupazionali, sanitari implicati nella vicenda, il cui assetto non poteva essere preventivamente valutato se non in larga massima e secondo parametri che necessitavano di una più precisa specificazione in sede di procedura negoziale. Si è esclusa in linea di principio “la cristallizzazione di clausole nella fase antecedente la strutturazione del contratto”, dovendo la stessa condurre “alla formazione progressiva” di un assetto di interessi al quale le imprese portano “apporti dialettici e propositivi... elementi integrativi, correttivi o abrogativi della originaria individuazione sui possibili contenuti del contratto”. Sotto tale aspetto, si è giunti quindi ad affermare che “non è possibile ravvisare, nella preliminare determinazione a contrattare, un nucleo di previsioni inalterabili che opera come barriera logica a qualsivoglia modificazione convenzionale”.

(33) Cfr. M.S. Giannini, *Dell'amministrare per accordi* (1990), ora in Scritti 1984-1990, VIII, Milano, 2006, 1150.

(34) Cass., SS.UU., n. 19494 del 2008, con riferimento a convenzione accessiva a concessione di costruzione e gestione di discarica; anche Cass., SS.UU., n. 24009 del 2007 su accordi transattivi e successiva variante in modifica dell'atto originario intervenuti nel corso di un contenzioso relativo agli oneri di urbanizzazione, perché comunque collegati ad un procedimento complesso finalizzato a consentire l'edificazione su terreni privati con valutazioni inerenti l'aspetto funzionale del rapporto.

(35) Su tali ipotesi, si vedano in generale: N. Bassi, *op. cit.*, 432; S. Civitarese Matteucci, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., 109-110. A titolo di esempio particolare, può citarsi l'art. 9, comma 3, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, come novellato dall'art. 1 del D.Lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, che ammette il proponente

di progetti che possono avere impatti significati sull'ambiente e sul patrimonio culturale a concludere accordi con le amministrazioni pubbliche interessate “per disciplinare lo svolgimento delle attività di interesse comune ai fini della semplificazione e della maggiore efficacia dei procedimenti”. Si tratta di un'ipotesi che evidenzia l'importanza della dimensione negoziale per definire la via più appropriata per affrontare, soprattutto, situazioni ed operazione complesse e non standardizzabili (come notato da F. Fracchia - F. Mattassoglio, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di Via e Vas alla luce del D.Lg. n. 152/2006*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 132-133; G. Manfredi, *Il nuovo procedimento di VIA tra semplificazione amministrativa e specialità del regime dell'ambiente*, in *Urb. e app.*, 2009, 161).

(36) Cfr. L. Bobbio, *Le politiche contrattualizzate*, in C. Donolo (a cura di), *Il futuro delle politiche pubbliche*, Milano, 2006, 66, 69, il quale ha pure osservato che ogni ente pubblico appare legato da decine se non centinaia di patti di varia forma e natura, “una vera e propria ragnatela di rapporti formalizzati”.

(37) Una precisazione a parte meritano i procedimenti tributari che sono caratterizzati da un ricorso assai diffuso a diverse figure di accordi tra amministrazione e privati (sul punto cfr. M. Versigliani, *Accordi amministrativi (dir. trib.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, I, 91 ss.). Va ricordato, in proposito, che le disposizioni di cui all'art. 11 della L. n. 241/1990, unitamente alle altre disposizioni del Capo III, dedicato alla partecipazione al procedimento amministrativo, non si applicano a determinate attività della pubblica amministrazione, per le quali, ai sensi dell'art. 13 della stessa legge, restano ferme le particolari norme che le regolano; e tra queste attività figurano i procedimenti tributari. Per effetto di quanto stabilisce l'art. 13, le disposizioni dell'art. 11 della medesima legge, compresa quella che rinvia al codice civile, non possono quindi essere applicate agli accordi tributari nemmeno in via analogica, indipendentemente dalla nota difficoltà di configurare l'esistenza, nel diritto tributario, di veri e propri poteri discrezionali dell'amministrazione, del tipo di quelli che costituiscono l'oggetto degli accordi amministrativi ai sensi dello stesso art. 11. Ebbene, si dovrebbe ritenere che la nuova disposizione, nell'individuare la disciplina applicabile in via generale a tutte le attività non autoritative dell'amministrazione, la individui anche per l'esecuzione degli accordi fuoriuscenti dalla sfera di applicazione del menzionato art. 11, segnatamente anche per l'esecuzione degli accordi tributari; posto che, come effettivamente appare corretto opinare, si reputino in linea di base applicabili agli atti e ai procedimenti tributari tutte le norme della L. n. 241 la cui applicazione a tali atti e procedimenti

le procedure dialogiche e di partenariato pubblico-privato).

Quanto precisato sembra evidenziare che i moduli consensuali servono a fissare un certo assetto di interessi al fine di - come prevedeva il progetto Nigro - “disciplinare con maggiore stabilità e precisione i comportamenti” dei soggetti coinvolti. Esigenze di certezza e stabilità dei rapporti, tanto più avvertite in presenza di una complessità che lancia sempre nuove sfide a compiti ordinativi comunque assistiti dalla “garanzia giuridica della realizzazione” (38), e di una espansione policentrica delle libertà che si traduce nella diffusione di poteri di decisione (39).

Sul punto è stato sottolineato (40) che alla “prospettiva dualistica amministrazione per atti - amministrazione per accordi”, che tende pur sempre a puntare l'accento sul soggetto agente (l'amministrazione) e sulla sua presunta naturale capacità di scelta e decisione, pare così sostituirsi una prospettiva che parte dalle cose e, in relazione al livello problematico degli interessi, conduce alla ricerca-selezione delle soluzioni utili attraverso una combinazione di istituti.

Ed ancora vi è chi (41) precisa che “nella fase della predisposizione dell'accordo”, contraddistinta dallo svolgimento di un procedimento amministrativo e dalla necessaria adozione di una determinazione amministrativa, “trovano ampia applicazione anche norme generali di diritto amministrativo (a cominciare dalle norme sul procedimento dettate dalla stessa legge n. 241); mentre nella successiva fase esecutiva”, nella quale, salve le ipotesi di autotutela esecutoria, non è più in gioco l'esercizio di un potere dell'amministrazione, consumato in precedenza ed esauritosi con la conclusione e l'acquisi-

zione di efficacia dell'accordo, “il diritto privato si erge a protagonista indiscusso e il numero delle norme civilistiche che trovano applicazione diviene assolutamente prevalente su quello delle norme pubblicistiche.”.

Secondo l'Autore, pertanto, l'introduzione della garanzia della previa determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento - posta a garanzia dell'imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa - volta a precedere la stipulazione sia dell'accordo sostitutivo sia dell'accordo integrativo del provvedimento riprende, con le dovute eccezioni e peculiarità, il rapporto tra gli atti amministrativi che precedono la stipulazione dei contratti di diritto privato dell'amministrazione e questi ultimi.

Ciò nondimeno, il ruolo garantistico della previa determinazione amministrativa nell'iter formativo dell'accordo appare confermare l'esistenza di una “cesura” che si realizza con la conclusione e l'acquisizione di efficacia dell'accordo, tra una previa fase pubblicistica, nella quale si dovrebbe esaurire l'esercizio del potere dell'amministrazione, e una successiva fase privatistica delle fattispecie considerate, depurata dall'esercizio del potere già svolto, nella quale si dovrebbe soltanto dare esecuzione all'accordo concluso (42).

Una volta concluso l'accordo, dunque, il potere amministrativo discrezionale esercitato tramite lo stesso è stato consumato e si è cristallizzato in seno al contenuto dell'accordo medesimo e alle obbligazioni da questo nascenti; cosicché, successivamente, ragioni di interesse pubblico sopravvenute potranno in genere legittimare l'amministrazione ad agire in via unilaterale soltanto, se del caso, per esercitare la speciale potestà di recesso ad essa ec-

non sia espressamente esclusa dalla medesima legge e dunque pure il suo art. 1, comma 1 *bis*. Ne viene, pertanto, che in base alla nuova disposizione le norme generali del codice civile in materia di obbligazioni e contratti dovrebbero essere ritenute applicabili anche alle vicende esecutive degli accordi tributari; sempre che le disposizioni relative ai procedimenti tributari non prevedano diversamente o singole norme del codice non risultino comunque in contrasto con qualche norma tributaria. Sostanzialmente negli stessi termini, in giurisprudenza cfr. le ordinanze della Corte cost. 21 aprile 2000, n. 117, e 9 novembre 2007, n. 377, nonché la sentenza della Cass., Sez. trib., 23 gennaio 2006, n. 1236 con il commento però critico di A. Comelli, *Sulla non divisibile tesi secondo cui l'accertamento tributario si identifica sempre in un procedimento amministrativo (speciale)*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, II, 731 ss.

(38) A. Falzea, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 205.

(39) N. Irti, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Dir. soc.*, 2009, 472.

(40) G.D. Comperti, *Il principio di consensualità*, *op. cit.*, 8.

(41) In tal senso, M. Renna, *Il regime delle obbligazioni na-*

*scenti dall'accordo amministrativo*, *op. cit.*, 2.

(42) È, pertanto, sostenibile, secondo l'Autore che, in virtù di quanto dispongono l'art. 11, comma 2, e ancor più l'art. 1, comma 1 *bis*, della L. n. 241, “con la perfezione e l'acquisizione di efficacia dell'accordo si verifichi una cesura rispetto alle fasi antecedenti, per cui, sempre in maniera indipendente dal fatto che si intenda predicare o no la natura privatistica dell'accordo, in ogni caso alle sue vicende esecutive si debbano ordinariamente applicare le norme di diritto privato.”. Sull'esistenza di una cesura tra le due fasi, cfr. prima della L. n. 15/2005, F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, cit., 239-240, C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 406, F. Ledda, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 1997, 1292, N. Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, spec. 51, S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit., 178 e 182, e N. Paolantonio, *Autoregolazione consensuale*, cit., 804.

cezzionalmente attribuita dall'art. 11, comma 4, L. n. 241.

Diversamente opinando, d'altronde, i soggetti privati chiamati a sottoscrivere l'accordo non potrebbero fare il benché minimo affidamento sul suo contenuto e non si riuscirebbe a comprendere, invero, non solo quale utilità concreta possano avere gli accordi, ma, altresì, perché mai i soggetti privati dovrebbero essere interessati a sottoscriverli.

Tale considerazione appare, fra le altre, una delle cause del "mancato decollo applicativo" dell'istituto in discussione che, invece, impone in capo all'amministrazione un approccio incentivante all'utilizzo dello stesso da parte del privato.

Da ciò si è quindi ricavato che è la previa determinazione amministrativa, e non il conseguente accordo, l'atto che gli eventuali controinteressati possono rendere oggetto di impugnazione e che la medesima amministrazione può rendere oggetto di autotutela nel caso in cui la stessa abbia esercitato illegittimamente il proprio potere discrezionale.

Si dovrebbe quindi ritenere, in sintesi, che l'amministrazione per vizi di legittimità possa annullare d'ufficio la previa determinazione amministrativa, non l'accordo e, conseguentemente, i rapporti tra l'annullamento di tale determinazione e la sorte dell'accordo amministrativo dovrebbero essere ricostruiti in modo analogo a come, con riguardo all'attività di diritto privato dell'amministrazione, vengono configurati i rapporti tra l'annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica - in

particolare del provvedimento di aggiudicazione - e la sorte del contratto (43).

### **Profili interdisciplinari e spunti virtuosi. L'accertamento con adesione e l'utilità per il privato**

La validità dell'approccio volto a valorizzare i profili incentivanti all'utilizzo dell'istituto degli accordi procedurali da parte del privato potrebbe cogliersi vagliando altri settori dell'ordinamento ed in particolare mediante la disamina dell'istituto dell'accertamento con adesione.

Il fine semplificatorio e acceleratorio dell'azione amministrativa nonché deflativo del contenzioso, infatti, emerge con evidenza anche con riguardo all'istituto dell'accertamento con adesione, procedimento mediante il quale si addiène ad un atto di accertamento concordato con il contribuente (44), che presenta istanza o è invitato dall'ufficio stesso dopo aver ricevuto la notifica di un avviso di accertamento che riguardi le imposte dirette, l'IVA o le altre imposte indirette (45).

Tale procedura consiste nella definizione di un nuovo atto pattuito tra ufficio e contribuente a seguito di un contraddittorio tra le parti nell'ambito del quale vi è una componente discrezionale dispositiva, cosiddetta discrezionalità tecnico-giuridica (46), che non attiene però agli interessi economico sostanziali coinvolti nel prelievo ma "all'efficiente gestione della controversia (47)".

(43) L'analogia suggerita è evidenziata, tra gli altri, anche da F. Cangelli, *Articolo 11, commi 1 e 4 bis*, cit., 298 ss., G. Montedoro, *La nuova disciplina degli accordi*, in *Giust. amm.* ([www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), 2005, e D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 2007, 365. Per un quadro aggiornato della giurisprudenza e della dottrina sul tema - invero complesso e tuttora controverso - dei rapporti tra l'annullamento dell'aggiudicazione e le sorti del contratto, cfr. i contributi di G. Manfredi, *Aggiudicazione e contratto: le decisioni della Plenaria*, in questa *Rivista*, 2009, 611 ss., e R. Caponigro, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Giust. amm.* ([www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

(44) F. Tesauro, *Compendio di diritto tributario*, Torino, 2004, 132. Altra dottrina reputa tale istituto come una "nuova metodologia di controllo" che tende "a ridurre le controversie fra fisco e contribuente consentendo una transazione bonaria della divergente capacità contributiva accertata dall'Ufficio prevedendo, da una parte, una riduzione della propria pretesa creditoria e, dall'altra, come compensazione, la rinuncia all'impugnazione dell'atto impositivo". S. Capolupo, *Manuale dell'accertamento delle imposte*, Milano, IV edizione, 2005, 1203.

(45) Con esclusione del caso in cui l'ufficio è a conoscenza di reati per frodi fiscali imputabili allo stesso contribuente.

(46) Cfr. G. Di Lauro, *L'accertamento con adesione*, *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, in [www.issef.it](http://www.issef.it), 1. Più precisamente secondo altra dottrina, "il funzionario dell'ufficio, che procede alla definizione dell'imposta, si muove in un ambito di discrezionalità tecnico-giuridica,

avendo sempre come riferimento la norma. L'Amministrazione finanziaria non compie scelte discrezionali, nel senso di poter incentivare una determinata zona rispetto all'altra o una fascia di contribuenti più poveri rispetto ad altri. In tal senso la Corte dei Conti, sezione giurisdizionale Sicilia, con sentenza n. 512 del 16 marzo 2005, ha asserito che la normativa pur privilegiando la forma concordataria dell'accertamento non attribuisce all'amministrazione finanziaria alcun margine di discrezionalità ma al contrario la legge attribuisce solo una discrezionalità tecnica nel senso di individuare e definire, con l'assenso del contribuente, quelle fattispecie che si prestano ad opinabili valutazioni in ordine alla loro effettiva sussistenza". Cfr. S. La Rocca, *L'accertamento con adesione - esercizio della discrezionalità e profili di illegittimità*, in *Fisco*, n. 29/2005, Roma, 11348.

(47) La fondatezza della pretesa deve in altri termini essere valutata alla luce delle obiezioni che può muoverle il contribuente e dei tempi, delle prospettive e dei costi di un eventuale contenzioso. Di fronte ad accertamenti relativamente più deboli sul piano della fondatezza sarà tanto più apprezzabile l'interesse ad eliminare le incertezze e le lungaggini del contenzioso, anche rinunciando a una parte relativamente maggiore della pretesa. Deve escludersi l'utilizzazione dell'accertamento con adesione come strumento repressivo o premiale a seconda del comportamento dei singoli contribuenti che siano stati collaboratori durante le indagini, ovvero particolarmente maliziosi nel porre in essere le evasioni scoperte: va escluso che la normativa contenga gli spazi per negare l'accertamento con adesione o proporlo a condizioni particolarmente onerose a

Nel contraddittorio, il contribuente o il suo rappresentante munito di procura speciale espone le sue ragioni all'ufficio competente per territorio mentre quest'ultimo ha il compito di perseguire l'interesse erariale non massimizzando necessariamente la quantità della pretesa bensì rendendola maggiormente fondata e acquisibile con certezza, sia pur in misura inferiore a quanto originariamente accertato (48).

Per quanto attiene la sua natura giuridica, in dottrina vi sono sempre stati due orientamenti: secondo alcuni, si tratta di un negozio consensuale (49): i sostenitori ritengono ammissibile un simile atto anche in un settore in cui la pubblica amministrazione opera esercitando un potere ed emettendo atti autoritativi; secondo altri, invece, l'atto dell'ufficio resta pur sempre un atto unilaterale di accertamento, esternato in un documento che contiene anche l'adesione del contribuente. In sintesi, secondo quest'ultima tesi, l'accertamento con adesione avrebbe "la sostanza di un normale accertamento, salvo la circostanza che ad esso il contribuente presta la sua adesione" (50).

Secondo la teoria amministrativistica (51), dunque, l'atto sostitutivo del fisco e l'adesione ad esso del contribuente non danno luogo ad un contratto o

accordo ma conservano la loro autonomia: tanto che l'eventuale vizio della volontà manifestata dal privato non invalida l'atto di accertamento che il contribuente potrebbe soltanto contestare. Gli unici motivi, infatti, di impugnazione del concordato sono quelli di nullità per mancanza delle indicazioni dei valori richiesti, per mancata sottoscrizione da parte di tutti i soggetti passivi o per vizio di rappresentanza, infine per vizi della volontà dei privati (52).

L'atto di adesione viene considerato un atto unilaterale d'imposizione, caratterizzato dall'adesione del contribuente alla quantificazione dell'imponibile operata dall'ufficio impositore; agli uffici è, infatti, precluso disporre del rapporto tributario considerando convenienze economiche o sociali ed il carattere dispositivo della procedura in esame sta solo nel valutare la fondatezza della pretesa erariale alla luce delle lungaggini e dei rischi del relativo contenzioso (53).

Si ritiene, pertanto, che vi siano due distinti atti unilaterali, rispettivamente aventi ad oggetto l'emanazione dell'accertamento, per un verso, e la disposizione del potere processuale dall'altro (54).

Di diverso avviso, invece, l'opinione di chi ha evidenziato che la contrapposizione è per molti versi

---

contribuenti particolarmente disonesti. La norma tutela l'interesse a che quanto accertato, sia pure con adesione, venga riscosso, ma non consente che le somme accertate vengano ridotte in funzione di quanto è possibile riscuotere". Raffaello Lupi, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, III edizione, Milano, 2001, 135-136.

(48) "Il maggior favore verso l'accertamento con adesione, ed anche i limiti di tempo entro cui deve intervenire la conciliazione giudiziale, si spiegano col tentativo di incoraggiare una definizione rapida, senza attendismi e lungaggini. "I profili da valutare in queste determinazioni consensuali non attengono quindi alla meritevolezza sostanziale degli interessi, alla rilevanza sociale dell'attività del contribuente, alla sua importanza per lo sviluppo. La valutazione da parte degli uffici, può invece solo tener conto delle prospettive di successo in contenzioso, in relazione al fondamento della contestazione, ed in questo senso si spiega ed è salvaguardata la cosiddetta indisponibilità del credito tributario. Sono estranei ai profili valutabili nella definizione consensuale anche quelli attinenti alla solvibilità del contribuente ai fini della riscossione del tributo". R. Lupi, *Diritto tributario parte generale. op. cit.*, 68-69.

(49) La Commissione tributaria centrale sostenne la tesi della natura contrattuale: C.T.C. 26 maggio 1928; 17 febbraio 1934; 22 marzo 1943, mentre la Corte di cassazione sostenne, invece, la tesi dell'atto unilaterale d'imposizione: Cass. 10 marzo 1975, n. 883; 8 febbraio 1978, n. 595; C.T.C. 16 novembre 1976, n. 13232.

(50) F. Tesauro, *Compendio di diritto tributario*, Torino, 2004, 134.

(51) A tal proposito giova riportare il pensiero di chi evidenzia che "La propensione per la tesi cosiddetta amministrativistica, secondo la quale si ha un normale atto unilaterale di accertamento con un *quid pluris* costituito dall'adesione del contribuente, deriva dal fatto che, nell'ambito dell'attività ammini-

strativa, i soggetti non hanno quella piena disponibilità degli interessi in gioco tipica dell'attività negoziale nella quale le parti, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, sono libere di determinare il contenuto dell'atto, trovando l'unico limite dei vizi di legittimità dell'atto. Partendo da questo assunto e temperandolo con l'individuazione di ambiti di accertamento che consentono all'amministrazione finanziaria margini di apprezzamento, una parte della dottrina supportata da alcuni orientamenti giurisprudenziali, ha introdotto il concetto di discrezionalità tecnica nel procedimento tributario". S. La Rocca, *op. cit.*, 11347.

(52) A. Fantozzi, *Diritto tributario*, Torino, 1991, 342.

(53) R. Lupi, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, Tomo terzo: I servizi pubblici. Finanza pubblica e privata*, a cura di Sabino Cassese, II ed., Milano, 2003, 2683. E. De Mita, *Principi di diritto tributario*, Milano, 2002, 37. B. Santamaria, *Diritto tributario*, Milano, 2006, 146. Secondo il Falsitta "nel periodo compreso tra il 1907 e il 1973 il concordato si configurava come una transazione sull'imponibile applicata pressoché esclusivamente, con riferimento a tutte le imposte e quindi con portata generale, nelle numerose fattispecie in cui la determinazione dell'imponibile poteva aver luogo con metodi o indiziari o induttivi o forfetari. Naturalmente la transazione poteva avere ad oggetto esclusivamente l'imponibile, attesi i principi di irrinunciabilità della potestà di imposizione e di non discrezionalità. Pertanto, furono dichiarati nulli da una costante e copiosa giurisprudenza tutti i patti tra finanza e contribuenti volti ad accordare esenzioni, a modificare o ridurre aliquote ecc.: Cass. sez. un. 09 luglio 1949; Cass. civ. 27 febbraio 1937; Cass. civ. 28 giugno 1940; Cass. civ. 12 gennaio 1942". G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 1999, 471.

(54) S. La Rosa, *Principi di diritto tributario*, Torino, 2004, 255.

fuorviante poiché in entrambi i casi il consenso del contribuente è fondamentale ai fini del perfezionamento legittimo di una procedura che però, dal lato dell'ufficio, è improntata a valutazioni di efficienza e trasparenza dell'azione amministrativa (55).

Secondo la tesi privatistica, dunque, il concordato ben si presta ad essere descritto come una procedura transattiva, poiché l'essenza dell'istituto è individuabile nella volontà della P.A. di rendere il contribuente partecipe dell'operato degli uffici finanziari demandati all'accertamento delle imposte e, quindi, almeno in questa fase, il privato viene posto sullo stesso piano dell'amministrazione (56).

In tal senso chi (57) afferma che il carattere sostanzialmente transattivo è palese, come pure i meccanismi mentali dell'accertamento con adesione, per molti versi analoghi a quelli che scattano nelle trattative tra privati, ferma restando che la presenza di una parte pubblica impone una motivazione e una trasparenza per certi versi analoghe a quelle necessarie alle transazioni poste in essere da soggetti incaricati di tutelare interessi altrui, come un curatore fallimentare, un amministratore di società, un tutore di incapaci, unente pubblico, ecc.”.

Vi è anche chi (58) precisa che, a differenza di quanto avviene per la transazione tra privati, gli ambiti per cui sono ammesse le reciproche concessioni sono limitati dalla legge: si ricordi, ad esempio, l'obbligo di mantenersi sul piano dell'accertamento senza invadere quello della riscossione, con conseguente illegittimità di riduzioni della pretesa fiscale in cambio di una disponibilità del contri-

bueno a corrispondere somme che altrimenti non sarebbero riscosse per incapienza dei beni da espropriare.

Ad ogni buon conto, ciò che rileva è la ratio dell'istituto *de quo*, in quanto - come sostiene autorevole dottrina (59) - si parli di discrezionalità tecnica-valutativa o di discrezionalità amministrativa, certo è che l'amministrazione deve perseguire modelli di azione cooperativa sul presupposto che la gestione unilaterale non rappresenta più quella che ottimizza gli interessi pubblici. L'accertamento con adesione risponde a queste esigenze, tant'è che viene imposto che le scelte in esso sintetizzate debbano essere motivate proprio per confermare la valenza della decisione adottata.

Il fine cooperativo in funzione deflativa del contenzioso è rinvenibile anche negli effetti dell'accertamento con adesione, in quanto l'amministrazione finanziaria non può più intervenire a modificare o integrare il reddito accertato o concordato, mentre il contribuente non può più impugnarlo.

Sul punto è stato sottolineato (60) che l'accertamento con adesione e la conciliazione giudiziale comportano riduzioni delle sanzioni perché ben pochi sarebbero disposti a definire se le sanzioni venissero applicate nella misura ordinaria.

L'effetto “premiante” si concretizza nell'abbattimento fino ad un terzo delle sanzioni penali previste e nella non applicazione delle sanzioni accessorie.

D'altro canto, se le sanzioni fossero eccessivamente ridotte, evadere confidando di non essere scoperti e comunque di concordare sarebbe il comportamento più conveniente. Le riduzioni indicate nel testo ricercano una misura intermedia per invogliare

(55) R. Lupi, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, op. cit., 138-139. “...mentre nell'accertamento con adesione non può pervenirsi senza il volere del contribuente, non altrettanto è a dirsi per l'annullamento o la revoca dell'atto emesso dal fisco, ove tale determinazione, se può rilevare ai fini dell'iniziativa e della partecipazione collaborativi/istruttoria, non acquista, però alcun rilievo in ordine al perfezionamento e all'efficacia della decisione amministrativa. Pertanto, l'essere l'incontro tra contribuente ed amministrazione presupposto indefettibile soltanto dell'adesione e della conciliazione, nella sequenza logica delle attuali direttrici del procedimento amministrativo, da un lato, tende ad attribuire a tali strumenti la funzione di predisporre basi paritarie per la ricerca volontaria di un punto di convergenza tra diverse rappresentazioni iniziali, dall'altro, conferisce all'autotutela una veste a maggior rilievo unilaterale, del resto in ossequio al più pregnante fine giustiziale che ne pervade l'essenza, ove la partecipazione del contribuente, se c'è sembra svolgere un ruolo che non va oltre la collaborazione”.

(56) B. Patrizi - G. Marini - G. Patrizi, *Accertamento con adesione, conciliazione e autotutela*, Milano, 1999, op. cit., 38.

(57) R. Lupi, *Diritto tributario parte generale*, 70. Si spinge oltre S. Capolupo, quando afferma che: “è certo che tra l'atto di accertamento emanato a seguito dell'ordinaria procedura e

quello disciplinato dall'art. 7 del D.Lgs. 218/1997 esistano delle differenze oggettive espressamente disciplinate. Nel primo caso, la sottoscrizione, a pena di nullità, deve essere del solo capo Ufficio o funzionario delegato; nel secondo da questi e dal contribuente. L'indicata diversità, allora, non può assumere una valenza esclusivamente formale, direi estetica. Comporta per contro, delle conseguenze di carattere sostanziale in termini di nullità assoluta. Conseguentemente diventa difficile riconoscere il carattere dell'unilateralità, dal lato dell'Ufficio. Non credo che la natura dell'interesse di cui questi è portatore possa incidere su quella dell'atto impositivo. Né sembra fondata la tesi che, pur di sostenere l'indicata unilateralità, spinge il discorso fino al punto da ritenere irrilevanti le dichiarazioni del contribuente, le intese tra le parti”, in *Manuale dell'accertamento delle imposte*, Milano, IV ed., 2005, 1222.

(58) R. Lupi, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, op. cit., 139.

(59) G. Nerio Carugno - P. Gianandrea, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 116, secondo cui “La motivazione non può che conseguire ai margini di discrezionalità amministrativa che si accompagnano all'atto. Di qui la possibilità di avvicinare notevolmente l'istituto in esame al genus degli accordi di cui all'art. 11 della legge 241/1990”.

(60) R. Lupi, *Diritto tributario parte generale*, 67.

re al concordato senza vanificare la dissuasione e la credibilità del sistema dei controlli.

In buona sostanza, con riferimento all'accertamento con adesione, è condivisibile l'opinione di chi (61) sottolinea che la valenza transattiva degli accordi può indurre alla conclusione degli stessi in luogo del solito esito unilaterale del procedimento che solo in casi marginali può raggiungere lo stesso risultato pratico (62).

Si tratterebbe, aderendo a tale tesi, di una delle massime applicazioni del principio di proporzionalità, in quanto lo strumento discrezionalmente prescelto deve operare il minor sacrificio possibile in capo al cittadino.

### Postilla

Piace concludere con le riflessioni di chi (63), in qualità di componente della Commissione sulla legge del procedimento amministrativo, ha creduto nella valorizzazione degli strumenti consensualistici quali risorse imprescindibili per lo sviluppo del procedimento stesso.

L'accordo, infatti, non era visto da Nigro come una rottura del procedimento, ma come uno sbocco alternativo all'atto e coerente con lo sviluppo del procedimento.

Già nel 1980, l'Autore aveva ipotizzato lo sbocco dell'esercizio delle potestà amministrative non in provvedimenti, ma in intese con il privato, che non hanno nulla di scandaloso se si tiene presente che l'amministrazione non gestisce poteri sacrali, ma cura interessi che possono essere talvolta soddisfatti meglio (più rapidamente, in modo più indolore per tutti) mediante un accordo con il privato (64).

Nigro già avvertiva la trasformazione dell'amministrazione da entità esecutiva in forza costitutiva e

regolatrice e il passaggio dall'erogazione dei servizi pubblici alla regolazione degli interessi a volte con funzione di garanzia, proprio in settori dove appare maggiormente viva l'esigenza della emersione di tutti gli interessi coinvolti e quindi l'entrata in scena (quasi come personaggi in cerca di autore, osservava Nigro) di tutti i soggetti cui interessi e fatti si riferiscono, al fine di consentire, con l'apporto di tutti, quella ponderazione e quelle comparazioni che rendono la scelta amministrativa giustificata e ragionevole (65).

A tal proposito autorevole dottrina (66), con particolare nella fase di ponderazione della legge sul procedimento, precisava che l'influenza dell'esperienza statunitense dell'*administrative procedure act* riecheggia non in modo vago, ma per stessa ammissione dei componenti della Commissione.

Sul punto appaiono attuali le riflessioni di chi (67), ragionando sui contratti e sugli accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva, ha evidenziato che "la considerazione dell'interesse pubblico, corrispondente all'atto originario, è proprio quella che agisce come motivo dell'atto di transazione, in quanto l'interesse a transigere è determinato dalla volontà di evitare un danno a quell'interesse, mentre causa dell'atto di transazione è invece, come in qualsiasi transazione intesa in senso tecnico, la concessione della (e alla) controparte".

La portata applicativa e l'effettiva utilizzabilità di tale istituto richiede, dunque, una premessa metodologica per cui "ogni problema giuridico non va considerato *sub specie aeternitatis* ma va storicizzato" (68).

Oggi, infatti, la sopravvenuta globalizzazione del confronto politico-economico ed, in particolare, con la realtà comunitaria (69) e il pilastro della

(61) G. Greco, *Contratti ed accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, 02, 223.

(62) L'A. precisa che una simile ricostruzione non significa che l'interesse pubblico debba essere in tutto o in parte sacrificato, in quanto il sacrificio potrà riguardare le modalità, i contenuti e i termini dell'esercizio del potere che sono diversi a seconda che sussistano o meno interessi di segno opposto.

(63) In tal senso, R. Chieppa, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 03, 667, secondo il quale: "le potenzialità dello strumento dell'accordo sono tutt'oggi poco esplorate dalle amministrazioni, a cui sarebbe utile rileggere l'originaria relazione della Commissione".

(64) M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la p.a. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. proc. civ.*, 1980, 276.

(65) M. Nigro, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, 14, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazioni*

*dell'amministrazione* (Atti del convegno di Messina - Taormina, 25-26 febbraio 1988), Milano, 1990, anche in *Dir. proc. amm.*, 1989, 2049 ss.

(66) F. Pugliese, *Il contraddittorio nel procedimento*, Atti del Convegno di Messina - Taormina, 25 -26 febbraio 1988, in *Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 26. Le radici del valore della partecipazione nell'ambito dei procedimenti regolatori vanno ricondotte al modello statunitense, dove l'*Administrative Procedure Act* del 1946 già aveva previsto che le *Agencies* americane di regolazione, mettersero in moto un meccanismo di "*notice and comment*"; dovevano cioè rendere pubblica la proposta di atto; su quella proposta dovevano far convergere tutte le osservazioni dei soggetti interessati e poi tenere conto di quelle osservazioni in sede di regolazione finale.

(67) Cfr. G. Greco, *op. cit.*, 1 ss.

(68) Cfr. S. Giacchetti, *op. cit.*, 8.

(69) Sul punto cfr. F. Liguori, *op. cit.* 26 e S. Cassese, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 909 ove viene sottolineato che "la distinzione tra pubblico-privato per affermare la supremazia dei principi del

pubblica concorrenza su cui essa poggia, comporta che il sistema pubblico, se vuole sopravvivere agli attuali livelli di benessere senza essere costretto a rinchiudersi in un sistema autarchico, deve allinearsi fin dove è possibile al sistema privato, perché la caduta dell'efficienza e dell'efficacia provocano uno spreco di ricchezza e la ricchezza sprecata non può più svolgere alcuna funzione di moltiplicatore economico.

Ne consegue che, in un sistema globale aperto, il concetto di buon andamento non va inteso solo quale andamento formalmente corretto e sostanzialmente rispettoso delle situazioni soggettive degli amministrati e delle esigenze di solidarietà sociale ma anche come andamento economicamente buono nel senso aziendalistico del termine, e cioè efficace ed efficiente (70).

Sulla base di tali premesse, vanno ritenuti tendenzialmente ammissibili e leciti tutti quegli accordi con cui l'amministrazione, uscendo dai binari della tipicità, concordi con i privati il soddisfacimento in un loro autonomo interesse, sia pure condizionato al pubblico interesse in un approccio che guardi alla realizzazione del fine pubblico in via concordata

ta e in un'ottica incentivante dell'adesione del privato.

L'accordo tende così a divenire una necessità pratica di politica del diritto sia per consentire all'amministrazione di operare al di là dei limiti di elasticità consentite dal procedimento sia per precludere sul nascere un possibile contenzioso (71).

In questa ottica, gli accordi quale espressione più nota ed evidente della consensualità, rappresentano "un mezzo tra i tanti" per giungere ad una definizione concordata della decisione amministrativa ma di certo non una categoria astratta, "destinato come tale a combinarsi in forme sempre nuove con altri mezzi di azione nella incessante ricerca di un risultato utile" (72).

Solo in questi termini, dunque, gli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento potranno uscire dal limbo della realtà "virtuale" per entrare, come auspicato da un ventennio ormai, nella reale consuetudine dell'agire amministrativo, e solo così ragionando, gli accordi procedurali e gli strumenti consensuali, più in generale, potranno essere considerati "formidabili strumenti di pace sociale (73)" e di semplificazione amministrativa.

diritto europeo diventa una distinzione ad assetto variabile", che non comporta una generalizzata commistione tra le due discipline, tuttora distinguibili ed assoggettate a logiche diverse, ma una realtà plurale e stratificata dove convivono antiche cose e innovazione anche forti.

(70) Cfr. S. Giacchetti, *op. cit.*, 9.

(71) Cfr. S. Giacchetti, *op. cit.*, 11.

(72) Cfr. G.D. Comporti, *op. cit.*, 8.

(73) L'espressione, con riferimento agli accordi transattivi della pubblica amministrazione, è di E. Guicciardi, *La transazione degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 64 ss., 205 ss.