

Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso

Strumenti e tecniche di tutela
dell'amministrato e del contribuente

A cura di
Stefano Civitarese Matteucci
Lorenzo del Federico



COLLANA
DIRITTO
E SOCIETÀ

FrancoAngeli

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio "Informatemi" per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità o scrivere, inviando il loro indirizzo, a "FrancoAngeli, viale Monza 106, 20127 Milano".

Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso

Strumenti e tecniche di tutela
dell'amministrato e del contribuente

A cura di
Stefano Civitarese Matteucci
Lorenzo del Federico

FrancoAngeli

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi "G. D'Annunzio" di Chieti-Pescara.

Copyright © 2010 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

Premessa: le ragioni per un confronto interdisciplinare di <i>Stefano Civitarese Matteucci e Lorenzo del Federico</i>	pag. 7
---	--------

Inquadramento generale

1. Azione amministrativa e azione impositiva tra autorità e consenso di <i>Gianluca Gardini</i>	» 15
2. Autorità e consenso: un confronto tra azione amministrativa e azione impositiva di <i>Massimo Basilavecchia</i>	» 24

Contributi

3. Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi di <i>Girolamo Sciullo</i>	» 33
4. Gli accordi nella disciplina dell'attività impositiva: tra vincolatezza, discrezionalità e facoltà di scelta di <i>Salvatore La Rosa</i>	» 50
5. L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione di <i>Marco Dugato</i>	» 73
6. L'accertamento con adesione: strumento di tutela del contribuente rispetto all'efficiente e responsabile <i>agere</i> pubblico consensuale (compositivo) di <i>Marco Versiglioni</i>	» 89

7. L'invalidità dell'accertamento con adesione di <i>Enrico Marello</i>	pag. 122
8. Imposizione fiscale e accordi preventivi di <i>Francesco Crovato</i>	» 138
9. Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo di <i>Mauro Renna</i>	» 161
10. Gli accordi transattivi di <i>Marina D'Orsogna</i>	» 198
11. La conciliazione giudiziale tributaria: un istituto processuale dalle radici procedimentali di <i>Pietro Selicato</i>	» 225
12. La conciliazione giudiziale tributaria nell'interpretazione della giurisprudenza: casi e materiali per un'analisi critica dell'istituto di <i>Franco Randazzo</i>	» 254
13. Il delicato rapporto tra autorità e consenso in ambito tributario: il caso della transazione fiscale di <i>Loris Tosi</i>	» 273
14. Accordi amministrativi e accertamenti con adesione di <i>Domenico Sorace</i>	» 295
15. La conciliazione giudiziale tributaria e la teoria germanica dell'“intesa effettiva” di <i>Giovanna Petrillo</i>	» 313
16. Le fattispecie consensuali e negoziali nell'attività di accertamento e in quella di riscossione del tributo di <i>Maria Teresa Moscatelli</i>	» 326
17. La motivazione degli atti tributari a connotazione consensuale di <i>Christian Califano</i>	» 338
18. Conciliazione e processo amministrativo di <i>Melania D'Angelosante</i>	» 355

Premessa:
le ragioni per un confronto interdisciplinare

di *Stefano Civitarese Matteucci e Lorenzo del Federico*

Nell'ambito degli ormai consueti confronti interdisciplinari fra amministrativisti e tributaristi, questa volta¹ la ricerca promossa dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Chieti-Pescara ha per oggetto lo studio dei profili consensualistici dell'azione amministrativa e dell'azione impositiva².

Se da tempo assistiamo nel diritto pubblico a una crescente diffusione dell'impiego dell'accordo in luogo del comando, nell'area della fiscalità gli strumenti di natura pattizia presentano caratteristiche ancora sfumate, di incerta collocazione e sistemazione. Questo probabilmente dipende in una certa misura dalla struttura stessa del "rapporto tributario", o in altre parole dai meccanismi giuridici di trasferimento delle risorse finanziarie dall'economia dei privati all'economia pubblica, al cui centro si pone pur sempre una pretesa dello Stato assistita da poteri coattivi per dare sostanza a ciò che nelle democrazie costituzionali contemporanee è comunque con-

¹ I incontro di studio fra amministrativisti e tributaristi, "L'azione amministrativa nel progetto di revisione della legge n. 241/1990", Pescara 30 maggio 2003 (ricerca confluita nel volume Aa. Vv., *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, Atti dell'Incontro di Studio "L'azione amministrativa nel progetto di revisione della legge n. 241/1990", a cura di S. Civitarese Matteucci e G. Gardini, Bologna, 2004); II incontro di studio fra amministrativisti e tributaristi, "Le associazioni fra comuni: strutture amministrative e tecniche di finanziamento", Pescara, 2005 (ricerca confluita nel volume Aa. Vv., *Le associazioni fra comuni. Forme organizzative, finanziamento e regime tributario*, a cura di L. Robotti e L. del Federico, Milano, 2008).

² III incontro di studio fra amministrativisti e tributaristi, "Azione amministrativa e azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente", Pescara, 5 ottobre 2007.

L'iniziativa si è affiancata al Convegno nazionale "Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario", svoltosi in Catania il 14 e il 15 settembre 2007, promosso dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Catania; gli atti del Convegno catanese sono poi confluiti nel volume Aa. Vv., *Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario*, a cura di S. La Rosa, Milano, 2008.

figurato come un “dovere” della cittadinanza. Non mancano, tuttavia, le ipotesi in cui significativi elementi di consensualità si insinuano nella struttura delle fattispecie impositive. Si pensi particolarmente all’accertamento con adesione, alla conciliazione giudiziale, alla transazione fiscale, ma anche ai cosiddetti interpelli, sebbene qui l’elemento pattizio risulti *prima facie* meno evidente.

Questo movimento di apertura verso modelli di azione concordata sembra procedere, peraltro, lungo due direttrici: una è forse più avvertibile anche per il non specialista e riguarda il tentativo di mutuare i modelli di azione mediante accordi che nell’ultimo ventennio si sono diffusi nel diritto amministrativo; l’altra è più specifica, ancorandosi maggiormente alle tradizioni disciplinari della fiscalità, con il recupero per esempio dell’esperienza di vecchi istituti come il concordato, oggi mutato in accertamento con adesione, o come le risoluzioni ministeriali, da cui prende spunto la peculiare tipologia dei moderni interpelli (che assume notevole interesse per la possibile circolazione del modello in altre aree del diritto pubblico). Per un verso, quindi, si tratta di domandarsi – in generale – se e quanto l’amministrare per accordi possa investire il diritto dei tributi, per altro verso quanto alcuni istituti propri del diritto tributario possano essere spiegati e applicati in base alle norme del diritto amministrativo. Evidentemente si tratta di due profili strettamente intrecciati, che implicano – in altre parole – tanto una nuova riflessione sull’eterno confronto tra autorità e consenso, e quindi in definitiva tra etero e autoregolamentazione degli interessi³, però in un’area in cui le “ragioni” del potere pubblico sono particolarmente forti; quanto la ricerca di un equilibrio tra le categorie generali del diritto amministrativo e le categorie settoriali del diritto tributario.

Quest’ultimo punto evoca il tradizionale dibattito sul “particolarismo” fiscale. E a questo riguardo – lasciando ai pregevoli contributi nei quali è maturata la ricerca il compito di affrontare il merito dei problemi dell’amministrazione consensuale nel diritto tributario e nel diritto amministrativo – qui ci limiteremo a pochi cenni che ci sono parsi utili a collocare l’iniziativa dei confronti interdisciplinari fra amministrativisti e tributaristi all’interno del dibattito intorno alle origini del diritto tributario come autonomo insegnamento universitario nei suoi rapporti con la scienza del diritto amministrativo⁴. È, infatti, in quest’ultima che innegabilmente vanno ricer-

³ In tal senso La Rosa, “Prefazione”, in Aa. Vv., *Autorità e consenso nel diritto tributario*, a cura di S. La Rosa, Milano, 2007, V.

⁴ Il tema è oggetto di un vivace dibattito animato da: Falsitta, “Osservazioni sulla nascita e lo sviluppo scientifico del diritto tributario in Italia”, in Aa. Vv., *L’evoluzione dell’ordinamento tributario italiano*, Atti del Convegno “I settant’anni di Diritto e pratica tri-

cate alcune delle radici culturali che hanno condotto a fare del primo una disciplina a sé stante nell'ambito del diritto pubblico⁵.

Persiste, peraltro, l'opinione diffusa – ma non del tutto convincente – secondo cui la formazione del moderno diritto tributario italiano dovrebbe essere ricondotta alla promulgazione in Germania della *Reichabgabernordnung* (13 dicembre 1919), che per la sua natura di legge generale ha consentito la formazione di un corpo dogmatico organico e compiuto quale lo *Steuerrecht* (diritto delle imposte), e ha quindi radicalmente influenzato la nostra dottrina tributaria⁶. In verità non possono essere trascurate radici ben più remote⁷, da rintracciarsi in un processo articolato e complesso che ha visto il contributo di diverse tradizioni disciplinari. Tra queste, oltre alla corrente sincretista del corso di scienza delle finanze e diritto finanziario (rappresentata dalla “scuola pavese” di Benvenuto Grizziotti) e agli studi di processualciviliisti come Enrico Allorio e Gian Domenico Micheli, un posto

butaria”, coord. da V. Uckmar, Padova, 2000, 77 ss.; A. Amatucci, *L'insegnamento del diritto finanziario*, op. cit., 97 ss.; D'Amati, *L'insegnamento del diritto tributario*, op. cit., 127 ss. Tuttavia non può dirsi esservi a tutt'oggi un sufficiente interesse sulla storia e sulla formazione di questa branca degli studi giuridici, fatta eccezione per i noti studi di Marongiu, *Alle radici dell'ordinamento tributario italiano*, Padova, 1988; *Id.*, *Storia del fisco in Italia. I, La politica fiscale della destra storica*, Torino, 1995; *Id.*, *Storia del fisco in Italia. II, La politica fiscale della sinistra storica*, Torino, 1996.

⁵ Per il giudizio secondo cui l'autonomia disciplinare del diritto tributario coincide con la sua definitiva affiliazione al campo del diritto pubblico, v. di recente Gallo, *L'Enciclopedia del Diritto e l'evoluzione del diritto tributario: dalle nozioni di tributo e di capacità contributiva al federalismo fiscale e all'accertamento tributario*, in www.giuffre.it.

⁶ Vanoni, “L'esperienza della codificazione tributaria in Germania”, *Riv. int. scienze soc.*, 1937, ora in *Opere giuridiche*, a cura di F. Forte e C. Longobardi, Milano, 1962, II, 381 ss.; A. D. Giannini, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1938, 47 ss.; D'Amati, “Il diritto tributario e la tradizione giuridico-finanziaria italiana”, in *Studi in onore di A. D. Giannini*, Milano, 1961, 396 ss.; *Id.*, *Il diritto tributario*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. Amatucci, I, Padova, 1994, 55 ss.

⁷ La supervalutazione del ruolo della *Reichabgabernordnung* e delle influenze derivanti dallo *Steuerrecht* rischia infatti di obliterare il risalente percorso di formazione del diritto tributario italiano (Berliri, “Per lo studio della storia del diritto tributario”, *Riv. dir. fin.*, 1940, I, 211; *Id.*, “Evoluzione dello studio del diritto tributario”, *ibidem*, 1949, I, 66 ss.; *Id.* *L'ordinamento tributario della prima metà del secolo XIV nell'opera di Bartolo di Sassoferrato*, Milano, 1952; Uckmar, *La legge del registro*, I, Padova, 1949, I, 10 ss.; Buscema, D'Amati, *Documenti e discussioni sulla formazione del sistema tributario italiano*, Padova, 1961; e soprattutto, per la ricchezza di informazioni, Ricca Salerno, *Storia delle dottrine finanziarie in Italia* (I ed., Palermo, 1896), ristampa Padova, 1960, e Repaci, *La finanza pubblica italiana, nel secolo 1861-1960*, Bologna, 1962 – tutti questi lavori si segnalano in quanto provenienti da Autori che hanno svolto indagini storiche nella loro veste di studiosi del diritto positivo o della finanza pubblica, ma ovviamente gli apporti fondamentali sono quelli degli storici del diritto e dell'economia).

centrale spetta proprio agli studiosi del diritto amministrativo, specialmente quelli interessatisi al diritto finanziario.

Il pensiero corre, oltre che a studiosi come Achille Donato Giannini, Pietro Bodda, Renato Alessi, Enzo Capaccioli e Giuseppe Abbamonte, soprattutto a Oreste Ranelletti, come noto tra i fondatori della scienza italiana del diritto amministrativo, il quale tenne dal 1924 al 1928 la cattedra di diritto finanziario e scienza delle finanze presso l'Università statale di Milano, che egli stesso aveva proposto di istituire, pubblicandovi altresì le *Lezioni di Diritto finanziario*. Il contributo di Ranelletti sul piano metodologico è stato rinvenuto in una concezione definita "sostanziale"⁸, che prescrive cioè allo studioso del diritto finanziario (e poi tributario) di tenere distinta la propria ricerca da quella dell'economista, pur dovendo essere perfettamente al corrente dei risultati di quest'ultima⁹. Come è stato osservato, l'opera di Ranelletti ha influenzato numerosi altri studiosi, tanto di area napoletana (dove il primo aveva insegnato prima degli anni milanesi), quanto di area milanese¹⁰. Fra i primi Francesco D'Alessio, Gustavo Ingresso, Vincenzo Romanelli-Grimaldi, Vincenzo Sica, Giuseppe Abbamonte. Fra i secondi soprattutto Achille Donato Giannini, che può essere annoverato tra i fondatori del diritto tributario come disciplina autonoma nell'ambito del diritto finanziario.

Ebbene, in una fase storica in cui la legge generale sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990, n. 241, a seguito della novella di cui alla legge 11 marzo 2005, n. 15, si è trasformata in legge generale sull'azione amministrativa¹¹, vi sono molte buone ragioni per riprendere un confronto

⁸ Amatucci, "La questione metodologica tra teoriche vecchie e nuove e l'autonomia scientifica del diritto tributario", *Dir. e pratica tributaria*, 2005, I, 276.

⁹ Argomenti di questo tenore saranno ripresi qualche anno dopo da Giannini, "L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie", *Riv. dir. finanziario e scienza delle finanze*, 1941, I, 197, per criticare l'approccio del fondatore della scuola pavese del diritto finanziario, Benvenuto Grizziotti, basato su una sorta di fusione tra studi economici e giuridici.

¹⁰ Amatucci, *op. cit.*, 264 ss.

¹¹ Già in altra sede è stato ampiamente dimostrato che la novellata legge n. 241/1990, si applica anche in materia tributaria, in quanto compatibile e salve espresse deroghe (Del Federico, "Procedimento amministrativo e procedimento tributario: le prospettive di revisione della legge n. 241/1990", in Aa. Vv., *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, cit., 87 ss.; *Id.*, "Autorità e consenso nella disciplina degli interpelli fiscali", in Aa. Vv., *Profili autoritativi e consensuali*, cit., 170; *Id.*, "La nuova transazione fiscale nel sistema delle procedure concorsuali", *Riv. dir. trib.*, 2008, I, 215; Califano, "Principi comuni e procedimento tributario: dalle tradizioni giuridiche nazionali alle garanzie del contribuente", *Riv. dir. trib.*, 2004, I, 993 ss.; *Id.*, "La motivazione della cartella di pagamento non preceduta da avviso di accertamento", *Dir. prat. trib.*, 2005, III, 497 ss.; Tesauro, "L'invalidità dei

interdisciplinare, che – riannodando antichi legami – possa consentire, agli uni, di uscire dal particolarismo tributario, e agli altri di tornare a guardare a un settore dell’ordinamento di vitale importanza per le istituzioni e la società e che, come mostra l’esperienza quotidiana, non può che condizionare qualunque ricostruzione del “diritto delle amministrazioni pubbliche”.

provvedimenti impositivi”, *Boll. Trib.*, 2005, 1447 ss.; Basilavecchia, “La nullità degli atti impositivi. Considerazioni sul principio di legalità e funzione impositiva”, *Riv. dir. fin.*, 2006, II, 356; Guidara, “Gli accordi nella fase della riscossione”, in Aa. Vv., *Autorità e consenso*, cit., 352 ss.).

Inquadramento generale

1. Azione amministrativa e azione impositiva tra autorità e consenso

di *Gianluca Gardini*

1. Una premessa generale

Una riflessione sull'impiego di moduli consensuali nell'esercizio della funzione amministrativa, condotta dalle diverse prospettive del diritto amministrativo e tributario può senz'altro aiutare a illuminare e fare chiarezza su quello che è una sorta di animale mitologico del diritto pubblico, un'araba fenice la cui esistenza non è mai stata compiutamente provata e che, dopo aver cambiato varie volte nome e forma nel corso degli anni, viene tuttora ricondotto alla tradizionale categoria ottocentesca del "contratto di diritto pubblico", avente a oggetto lo svolgimento (o il non svolgimento) di funzioni pubbliche¹.

Andando a consultare la cospicua letteratura in argomento si scopre infatti che il confronto sull'ammissibilità di negozi giuridici in cui viene dedotto in obbligazione l'esercizio stesso della potestà amministrativa si è andato ispessendo nel corso degli anni, fino a divenire, come è stato detto, uno dei dibattiti più vasti e meno proficui dell'intero diritto pubblico².

Potestà amministrativa e contratto, autorità e consenso sono termini appartenenti a categorie eterogenee e difficilmente conciliabili. L'opinione diffusa (risalente a Otto Mayer) è addirittura che si tratti di elementi inconciliabili, la cui compresenza risulta impossibile all'interno del medesimo istituto giuridico. Di qui, la teorizzazione dell'azione pubblica come attività necessariamente unilaterale, rispondente alla visione tradizionalmente autoritativa dell'amministrazione.

Tuttavia, nella prassi amministrativa il fenomeno degli accordi pubblici

¹ Nigro, "Conclusioni", in Masucci (a cura di), "L'accordo nell'azione amministrativa", *Quaderni del Formez*, Roma, n. 86, 1988.

² Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 269.

ha radici molto profonde, almeno quanto l'idea di un'amministrazione che opera esclusivamente mediante strumenti unilaterali. A partire dai primi anni del XX secolo, a ben vedere, si assiste a un ricorso sempre più frequente allo strumentario privatistico da parte della pubblica amministrazione. Al punto che, verso la fine degli anni Trenta, viene alla luce una tesi dottrinale che, prendendo le mosse dall'attività contrattuale della pubblica amministrazione – della cui esistenza non si può certo discutere in quanto “fatto” storicamente verificato – afferma l'esistenza di un'“attività amministrativa di diritto privato”, meramente accessoria rispetto al raggiungimento dei fini istituzionali tipici, che “non differisce da quella che un privato qualsiasi deve svolgere per la cura e il buon rendimento del proprio patrimonio” per la quale la pubblica amministrazione si avvale dell'impiego di strumenti privatistici³.

Sin dalla prima apparizione di accordi “verticali” tra amministrazione e privati, la dottrina inizia a interrogarsi sulla loro natura giuridica, privilegiando talora una ricostruzione in chiave pubblicistica, talaltra una lettura in chiave marcatamente privatistica del fenomeno. Tra queste due polarità si colloca l'opinione di coloro che, in riferimento agli accordi tra pubblica amministrazione e privati, ritengono che la disciplina codicistica non si sostituisca integralmente a quella pubblicistica degli atti amministrativi, ma, si aggiunga a essa con funzione integrativa, dando vita a un modello di carattere misto⁴.

L'esistenza di un'attività negoziale avente a oggetto l'esercizio della funzione pubblica, dunque, rappresenta prima di tutto un problema di teoria generale, che coinvolge istituti fondamentali del sistema giuridico⁵. La principale difficoltà teorica all'ammissibilità di questi negozi è rappresentata dal fatto che l'interesse pubblico, mutevole per natura, possa essere pregiudicato irrimediabilmente da un vincolo contrattuale che limita la possibilità di un intervento successivo unilaterale dell'amministrazione. La sfida risiede, in definitiva, nel conciliare la serie concettuale che tradizionalmente caratterizza l'esercizio della funzione pubblica (potere amministrativo/discrezionalità/provvedimento) con quella tipica che caratterizza l'attività privati (potere negoziale/autonomia privata/contratto)⁶.

³ Amorth, “Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato”, *Arch. dir. pubb.*, III, 1938, 279 ss.

⁴ Le diverse posizioni sono attentamente esaminate da Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

⁵ In questo senso, vedi ancora Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, *op. cit.*, 4.

⁶ Seguendo l'impostazione di Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, 215.

Va però aggiunto che, nonostante le controversie, la nozione di contratto di diritto pubblico possiede un'indubbia utilità descrittiva, non tanto per contrapposizione alla nozione di contratto di diritto privato, quanto per la sua capacità di definire un *genus* ampio, all'interno del quale si stempera il dogma della non negoziabilità del potere pubblico. Il dibattito sugli strumenti consensuali di amministrazione, più in generale, mette in luce la natura mista degli accordi amministrativi: si tratta di moduli d'azione di indubbia ispirazione contrattuale, a cui però si applica un regime sostanziale e processuale distinto da quello comune, "idoneo a tutelare le ragioni e le esigenze funzionali della potestà dedotta nel negozio"⁷.

In ordinamenti vicini al nostro la categoria del contratto di diritto pubblico ha ricevuto piena accoglienza, mentre nel nostro sistema le fattispecie concrete di amministrazione consensuale hanno incontrato notevoli difficoltà attuative e forti opposizioni concettuali. Ciò che con certezza possiamo osservare, dopo molti anni di discussioni sul punto, è che l'esigenza di un'amministrazione consensuale è espressione di una tendenza generale volta a dare impulso alla partecipazione dei cittadini all'esercizio della funzione pubblica, in funzione democratica; che non necessariamente una disciplina tutta privatistica della funzione pubblica è per ciò stesso più democratica, dal momento che il diritto privato in molti casi si presta a essere un ambiente formalmente paritario, ma sostanzialmente molto autoritario e diseguale; che gli accordi mediante i quali si addiuvano a un esercizio negoziato della funzione pubblica hanno nel nostro ordinamento natura di istituti complessi, con caratteristiche miste, e si collocano pertanto sulla linea di confine tra il diritto comune e quello speciale.

2. Gli accordi amministrativi nella legge sul procedimento amministrativo

Un primo aspetto da porre in rilievo, avviando una riflessione sul tema degli accordi tra amministrazione e privati, è che legge sul procedimento esclude espressamente gli atti a carattere vincolato dalla portata degli accordi. Ciò, essenzialmente, perché gli effetti dell'atto vincolato sono direttamente derivanti dalla legge e non dalla volontà delle parti (o della sola amministrazione) e dunque fuoriescono dalla disciplina specifica della funzione amministrativa. In altri termini, sono effetti prodotti *ex lege*, come tali sottratti alla scelta discrezionale dell'amministrazione.

⁷ Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, op. cit.

Viceversa, possono ammettersi accordi sostitutivi e integrativi in presenza di atti a carattere discrezionale: attraverso l'accordo, è stato osservato, l'amministrazione esaurisce il suo potere *discrezionale* a circostanze immutate e, pertanto, il vincolo contrattuale non può essere superato se non per sopravvenute esigenze di interesse pubblico. Ciò non significa aver "privatizzato" la funzione pubblica: se si volesse veramente trasformare l'esercizio del potere amministrativo in manifestazione del potere contrattuale – come si è visto mettendo a raffronto la serie concettuale che tradizionalmente caratterizza l'esercizio della funzione pubblica rispetto a quella privata – occorrerebbe avviare la trasformazione del potere discrezionale in autonomia privata. Effetto che, come vedremo dalle relazioni di questa giornata, non deriva certamente dalla recente riforma della legge sul procedimento amministrativo.

Ora, se la possibilità di stringere accordi solo in caso di atti discrezionali resta immutata anche a seguito della riforma del 2005, è anche vero, però, che la distinzione tra atti vincolati e discrezionali risulta piuttosto evanescente: basti pensare, in proposito, alla categoria degli "atti discrezionali vincolati in concreto", che la giurisprudenza utilizza con sempre maggiore frequenza nelle fattispecie in cui, pur in presenza di una (teorica) discrezionalità, riscontra la presenza (o l'assenza) di elementi obiettivi che ostano al rilascio di un atto. In tutti questi casi l'atto discrezionale può prestarsi a essere equiparato all'atto vincolato; e, all'opposto, l'analisi della realtà amministrativa rivela che spesso residuano segmenti, spezzoni di discrezionalità all'interno di atti formalmente vincolati.

Un secondo aspetto da sottolineare è che, stando al dettato della legge, l'amministrazione ha la *facoltà* di concludere accordi laddove vi sia lo spazio per la scelta tra decisioni diverse, ma non l'obbligo. È pur vero che dopo l'introduzione dell'art. 1, comma 1-*bis*, della legge sul procedimento amministrativo (a opera della L. 15/2005) si può leggere l'esistenza di una sorta di *favor* nell'ordinamento per il ricorso allo strumento negoziale da parte della pubblica amministrazione, ma è anche vero che tale favor si esprime solo per gli atti *non* autoritativi, e sempre che l'uso del diritto pubblico non sia imposto per legge. Vincolo ben maggiore si avrebbe avuto se, invece del testo attuale, fosse stata licenziata la formulazione originale dell'emendamento all'art. 1 della L. 241/1990, in cui si disponeva che "le pubbliche amministrazioni, salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di pubblico interesse, agiscono in base alle norme del diritto privato".

L'attuale legge sul procedimento, in definitiva, si limita a esprimere un generico stimolo all'uso di strumenti negoziali, lasciando peraltro in-

determinato il perimetro entro cui questo strumentario può essere utilizzato. L'ambiguità della nozione di atto autoritativo, infatti, rappresenta a un tempo la fortuna e il limite di questo concetto giuridico. In proposito si registra una netta divisione tra coloro che propendono per una tesi ampia di autoritatività, dalla quale risultano esclusi solo i contratti, i rapporti privatizzati e gli atti di evidenza pubblica; e coloro che invece aderiscono a una tesi restrittiva, che considera autoritativi solo quegli atti capaci di determinare limitazioni nella sfera giuridica del destinatario. È evidente che la portata dell'art. 1, comma 1-*bis*, e quindi la sostituibilità di regole pubblicistiche con regole di diritto comune (anche attraverso l'impiego di accordi), varia moltissimo a seconda della diversa prospettiva teorica che di volta in volta si assume: basti pensare al caso delle concessioni, aggiudicazioni, certificazioni, e alla possibilità di sostituire questi atti unilaterali con moduli negoziali.

Un terzo aspetto da evidenziare è che, nella legge nuova sul procedimento amministrativo, il richiamo al diritto privato diventa oggetto di una previsione di carattere generale. Occorre chiedersi, in proposito, se la disposizione in parola rappresenti una sorta di norma-manifesto o se questa regola possieda una dimensione realmente prescrittiva, adatta all'applicazione a casi concreti. A parere di chi scrive, i casi di reale applicazione dell'art. 1, comma 1-*bis*, si riducono a ben poca cosa. In via di prima approssimazione, e senza alcuna pretesa di esaustività, si può pensare a una dimensione applicativa di questa regola nelle ipotesi di piena fungibilità tra strumenti privatistici o pubblicistici, in cui l'amministrazione è tenuta in base alla legge a privilegiare i primi, essendo più stabili e vantaggiosi per tutti i soggetti coinvolti, ma solo a condizione che essi siano pienamente adeguati al raggiungimento dell'interesse pubblico. Ancora, una manifestazione concreta di questo *favor* generale per il diritto privato si può cogliere nella fase successiva alla deliberazione di un provvedimento (purché a carattere discrezionale), rispetto al quale sorge l'obbligo per l'amministrazione di valutare la possibilità di sostituire il provvedimento da adottare con un accordo da stipularsi con i privati, facendolo precedere da una deliberazione a negoziare (del tutto simile alla deliberazione a contrarre) in cui si esplicitano le ragioni del ricorso allo strumento consensuale e si dà conto del fatto che esso non si pone in contrasto con i diritti di terzi.

Al di là dell'effettiva possibilità di applicare il modulo consensual/privatistico, è però certo che esiste un tipo di azione pubblica che, pur indirizzata alla cura di interessi collettivi, non si svolge attraverso provvedimenti di carattere unilaterale, ma attraverso atti concordati con i destinatari.