

# I PRINCÌPI E LE REGOLE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

a cura di

Nicola Posteraro e Paolo Provenzano

---

*atti del seminario di presentazione del volume  
"Princìpi e regole dell'azione amministrativa",  
a cura di Maria Alessandra Sandulli  
(Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, IV Edizione)  
16 aprile 2024, Università degli Studi di Milano*

---

EDITORIALE SCIENTIFICA



Il seminario di cui si raccolgono gli atti è stato organizzato dall'unità milanese del gruppo di ricerca PRIN PNRR 2022 "T.R.A.N.S." (*Transsexuals' Rights and Administrative procedure for Name and Sex rectification*, finanziato dall'Unione Europea - Next Generation EU, Misura M4C2 - Investimento 1.1 - PRIN 2022 CUP G53D23007860001), composta da Nicola Posteraro (*Principal Investigator* del progetto, nonché professore associato di diritto amministrativo), da Benedetta Liberali (professoressa associata di diritto costituzionale) e da Giacomo Mingardo (assegnista di ricerca in diritto pubblico, reclutato con i fondi del progetto stesso).

Il progetto, biennale, è portato avanti dalla suddetta unità di Unimi insieme a un'unità afferente all'Università di Trento, composta da Lucia Busatta (professoressa associata di diritto costituzionale), Andrea Magliari (professore associato di diritto amministrativo), Simone Penasa (professore associato di diritto pubblico comparato) Marta Tomasi (professoressa associata di diritto pubblico comparato), Paola Widmann (professoressa associata di diritto processuale civile) e Francesco Dalla Balla (assegnista di ricerca in diritto pubblico, reclutato con i fondi del progetto).

Il gruppo si prefigge il fine di utilizzare gli strumenti del diritto amministrativo per semplificare i percorsi legali di affermazione di genere, attualmente giurisdizionalizzati (per info sul progetto e sulle attività che svolge, v. il sito web ufficiale – [progettotrans.unimi.it](http://progettotrans.unimi.it) –, nonché il canale Youtube ufficiale – [youtube.com/channel/UCNYDmoXEAVU1FuZJrUiI8u](https://youtube.com/channel/UCNYDmoXEAVU1FuZJrUiI8u) – e le pagine social presenti su Linkedin – [linkedin.com/company/t-r-a-n-s-transsexuals-rights-and-administrative-procedure-for-name-and-sex-rectification/?viewAsMember=true](https://linkedin.com/company/t-r-a-n-s-transsexuals-rights-and-administrative-procedure-for-name-and-sex-rectification/?viewAsMember=true) – e su Instagram – [instagram.com/progettotrans/](https://instagram.com/progettotrans/) –).

In quest'ottica, lo studio dei principi e delle regole dell'azione amministrativa, condotto per il tramite dell'analisi delle recenti intervenute modifiche legislative e dei più aggiornati approdi giurisprudenziali, risulta fondamentale perché il gruppo di ricerca possa portare avanti in modo corretto e rigoroso una ricerca scientifica di tal fatta.

# I PRINCIPI E LE REGOLE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

*atti del seminario di presentazione del volume  
"Principi e regole dell'azione amministrativa"  
(a cura di Maria Alessandra Sandulli, Giuffrè Francis Lefebvre,  
Milano, 2023, IV edizione) 16 aprile 2024,  
Università degli studi di Milano*

a cura di  
NICOLA POSTERARO  
PAOLO PROVENZANO

con il coordinamento di  
GIACOMO MINGARDO

Editoriale Scientifica

Finanziato dall'Unione Europea - Next Generation EU  
Misura M4C2 - Investimento 1.1 - PRIN 2022

CUP: G53D23007860001



Finanziato  
dall'Unione europea  
NextGenerationEU



Italiadomani  
PIANO NAZIONALE  
DI RIPRESA E RESILIENZA



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI MILANO

*Tutti i diritti sono riservati*

© 2025 Editoriale Scientifica srl

Via San Biagio dei Librai 39  
Palazzo Marigliano  
80138 Napoli

[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com)

ISBN 979-12-235-0248-8

## INDICE

<i>Introduzione all'incontro</i> di GUIDO GRECO	9
GIOVANNI CANZIO <i>L'azione amministrativa fra «principi» e «regole»</i>	13
ANTONIO DE VITA <i>La figura del "terzo" nel procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 1990</i>	25
FLAVIA RISSO <i>Il silenzio assenso: regole e principi</i>	51
MARCELLA GOLA <i>Principi e regole nella tendenza legislativa attuale</i>	63
<i>Conclusioni</i> di MARIA ALESSANDRA SANDULLI	83



## PRESENTAZIONE DEI CURATORI

Il presente volume raccoglie gli atti di un seminario che abbiamo organizzato nell'ambito dell'insegnamento di diritto amministrativo (lett. M-Z) che teniamo presso il corso di laurea in Scienze dei servizi giuridici dell'Università degli Studi di Milano.

In seno all'incontro (la cui registrazione è visibile online, all'indirizzo Youtube: [youtube.com/watch?v=-SEmEWxbvQas](https://www.youtube.com/watch?v=-SEmEWxbvQas)), è stato presentato il volume curato dalla Professoressa Maria Alessandra Sandulli (ordinaria di diritto amministrativo presso l'Università Roma Tre e Giudice della Corte costituzionale), dal titolo: "Principi e regole dell'azione amministrativa", edito da Giuffrè Francis Lefebvre nel 2023 e giunto alla sua IV edizione.

Nella raccolta, alla presentazione del Prof. Guido Greco, emerito di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano, che ha introdotto e moderato il seminario, seguono gli interventi del Pres. Giovanni Canzio, Primo Presidente emerito della Corte di cassazione, del Cons. Antonio De Vita, magistrato amministrativo presso il TAR Lombardia (sede di Milano), della Cons. Flavia Rizzo, magistrato amministrativo presso il TAR Toscana, e della Prof. ssa Marcella Gola, ordinaria di diritto amministrativo presso l'Università *Alma Mater Studiorum* di Bologna.

In coda, sono riportate le riflessioni che la curatrice del volume, presente all'incontro, ha proposto a chiusura del seminario di approfondimento.

Ringraziamo il Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano (cui afferiamo) di avere finanziato l'incontro.

Nicola Posteraro e Paolo Provenzano

## INTRODUZIONE ALL'INCONTRO

*Guido Greco\**

Inizio con i ringraziamenti. Ringrazio molto gli organizzatori per avere scelto un tema “principi e regole dell’azione amministrativa” molto interessante, ma anche per aver fornito l’occasione per la presentazione del Volume curato dalla Professoressa Sandulli avente il medesimo titolo ed oggetto.

In realtà, in un’epoca in cui anche a livello universitario si pubblica di tutto e di più, i contributi di maggior spessore meritano di essere adeguatamente commentati e portati all’attenzione della comunità scientifica.

Il Volume, giunto ormai alla IV edizione (però molto implementata quest’ultima), non è un manuale, né un piccolo trattato, perché non ha la pretesa di coprire tutto il settore del diritto amministrativo. È viceversa una miscellanea di argomenti tipici della materia, sapientemente selezionati dalla curatrice e che, da un lato, comprende taluni dei più importanti principi della nostra materia (si va dal principio di legalità, al principio di imparzialità, buon andamento, proporzionalità e così via) e, d’altro lato, si occupa di taluni istituti importanti, di tipo provvedimentale e procedimentale, che nell’applicazione pratica hanno

\* Professore emerito di diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano.

presentato maggiori difficoltà e contrasti giurisprudenziali e dottrinali.

Cosa sono i principi? In un'altra occasione ho pensato di definirli come: precetti normativi che si caratterizzano per l'ampia latitudine del proprio ambito applicativo, il quale non è limitato alle fattispecie di una medesima serie (come avviene per l'astrattezza delle norme) ma si estende a serie di fattispecie non predeterminate se non dalla funzione cui il principio assolve. Quindi l'importante è la funzione del principio, soprattutto nell'ambito del diritto amministrativo ove, *“a fronte del quadro normativo estremamente complesso e mutevole, oltre che spesso oscuro e contraddittorio (come dimostrano anche i frequenti contrasti giurisprudenziali), i principi costituiscono un'essenziale collante della legislazione di settore e un faro indispensabile per un logico e coerente orientamento tra le diverse disposizioni e per una consapevole ed efficace contestazione dei vizi che, a vario titolo, possono inficiare l'operato dei pubblici poteri e, a livello più alto, le stesse regole che dovrebbero disciplinarlo”*. Così si esprime la curatrice Maria Alessandra Sandulli nella introduzione del Volume.

Quanto agli istituti specifici, segnalo in particolare quelli di tipo procedimentale, che vanno dalla scia, alla partecipazione, al procedimento, all'istruttoria e alla motivazione, e così via. Ma non mancano anche istituti relativi al regime del provvedimento amministrativo vero e proprio (nullità, annullabilità, regolarità, ecc.) sulla falsariga dei contenuti della nostra legge sul procedimento amministrativo 241/90. Tutti i temi trattati presentano una particolare struttu-

ra. C'è una prima parte che è di carattere espositivo, problematica e ricostruttiva, ed è curata da autorevoli colleghi; la quale peraltro è accompagnata da un corredo giurisprudenziale – curato questa volta da più giovani colleghi –, che consente all'opera di essere un importante supporto non solo per la ricerca scientifica ma anche per gli operatori pratici (a livello forense, a livello di amministrazione attiva, ecc.).

Quando ho potuto compulsare il Volume ho dovuto sollevare una critica alla curatrice. Si tratta di un volume importante, ma soltanto di diritto sostanziale, che trascura, dunque, i principi e le regole del processo amministrativo, che pure nella tradizione del nostro diritto amministrativo hanno sempre avuto un rilievo fondamentale, che ridonda anche nell'ambito del diritto sostanziale. Ma la critica è stata immediatamente rintuzzata, perché, a completamento del Volume sulle regole dell'azione amministrativa, M.A. Sandulli ha provveduto a curare un altro Volume proprio sul versante del diritto processuale: si tratta del volume "il giudizio amministrativo principi e regole", che richiamo all'attenzione, anche per evitare che gli incontri di presentazione non tengano il passo della inesauribile produzione scientifica, diretta o indiretta, della nostra Collega, la quale ha insegnato a lungo all'Università degli Studi di Milano ed è dunque ora che l'Università di Milano Le tributi ogni doveroso e (se mi si consente) affettuoso riconoscimento.



## L'AZIONE AMMINISTRATIVA FRA «PRINCÌPI» E «REGOLE»

*Giovanni Canzio\**

1. Nel contesto di profonde trasformazioni del sistema di giustizia italiano, che non può non coinvolgere sia l'azione che la giurisdizione amministrativa, si snoda l'attenta e originale riflessione dei tanti Autori del presente volume *«Principi e regole dell'azione amministrativa»*, giunto con meritato successo alla sua quarta edizione e curato da Maria Alessandra Sandulli, alla quale pure si deve – a completamento della preziosa opera di sistemazione della materia – la successiva pubblicazione del volume *«Il giudizio amministrativo. Principi e regole»*.

Tutti i contributi dottrinali, caratterizzati da un'esposizione lineare e ragionata e arricchiti da puntuali e aggiornati riferimenti giurisprudenziali, offrono agli studiosi dello «speciale» sistema del diritto amministrativo e della corrispondente giurisdizione una preziosa e completa panoramica dei (tradizionali e nuovi) profili di interazione fra i *principi*, costituzionali e sovranazionali, che sovrintendono e garantiscono la legalità, il buon andamento e l'efficacia dell'azione amministrativa in uno Stato costituzionale di diritto, e le *regole* che ne disciplinano nelle prassi l'esercizio del relativo potere.

\* Primo Presidente emerito della Corte di cassazione.

Il volume, che si presenta organicamente articolato in plurimi e autorevoli saggi, analizza scientificamente e distintamente i vari aspetti del fenomeno, costituendo così un solido strumento culturale, che consente al giurista e allo studioso di orientarsi in ogni settore di ricerca, anche in quelli finora poco esplorati, ciascuno riconosciuto come nevralgico per la definizione di effettività e qualità del sistema di diritto amministrativo e di giustizia amministrativa.

2. M.A. Sandulli nella *Introduzione* (p. 1 ss.), G. Corso nel saggio su “*Il principio di legalità*” (p. 81 ss.) e A. Coiante nel *Focus* su “*La soggezione del Giudice «soltanto alla legge» e le più recenti tendenze creative della giurisprudenza amministrativa*” (p. 105 ss.) sottolineano come, nel labirinto delle fonti, nazionali e sovranazionali, legislative e giurisprudenziali, e nella prospettiva della più larga tutela *multilevel* dei diritti fondamentali nella decisione del caso concreto, le moderne teorie ermeneutiche valorizzano la centralità della figura del giudice-interprete nella costruzione fluida e dinamica del «*diritto vivente*».

Un sintagma, questo, che appare per la prima volta nella sentenza n. 276 del 1974 della Corte costituzionale e che rinvia alla formazione, in funzione nomofilattica, di autorevoli «*precedenti*» da parte della giurisprudenza di legittimità, sia della Corte di cassazione che degli organi di vertice delle giurisdizioni speciali.

Senza varcare la linea di rottura col dato positivo o

evadere da questo, la giurisprudenza viene a rivestire un ruolo centrale nella precisazione o nell'integrazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma, poiché nel sistema CEDU, che non assolutizza il principio di legalità formale, gli elementi qualitativi dell'accessibilità, della certezza e della prevedibilità (perciò dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge) si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma quale effettivamente risulta dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici.

Avvertono gli Autori che, diversamente dal diritto civile e da quello penale, la materia amministrativa è priva di un codice di diritto sostanziale, restando le regole dell'azione e dell'organizzazione amministrativa affidate a leggi o testi unici – «codici» – di settore, in un complessivo quadro normativo non raramente caratterizzato dal rinvio a clausole generali e flessibili oppure a indicazioni oscure e contraddittorie. E lo stesso vale per il processo amministrativo, rimasto privo di un codice fino al 2010.

Di qui lo straordinario rilievo dei *principi* che dottrina e giurisprudenza hanno nel tempo elaborato e ridotto a unità di sistema in un equilibrato e sapiente bilanciamento.

3. E però, non può non essere sottolineata la differente, se non antitetica traiettoria storica di quella che si definisce l'«*età della giurisdizione*» per il diritto amministrativo, da un lato, e per il diritto civile e penale, dall'altro.

Per quest'ultimi il sintagma «diritto vivente», sen-

za che venisse formalmente disconosciuto il valore e la forza del principio di legalità di cui al secondo comma dell'art. 101 Cost., ha dispiegato largamente la sua effettiva influenza sulla interpretazione dei giudici ordinari soprattutto a partire dagli inizi di questo secolo, essendo stato rilanciato anche a livello di fonti legislative il concetto e la funzione coerenziatrice della «*nomofilachia*», come rete di autorevoli e solidi «precedenti» delle Sezioni unite della Corte di cassazione, come pure dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Per il primo si deve viceversa riconoscere il risalente ruolo emancipatorio dalle strettoie dogmatiche del '900, svolto – ancor prima del sopravvenuto ed esplicito disciplinamento del legislatore – dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa nella creazione delle più importanti figure e categorie del sistema, soprattutto sul terreno delle forme di tutela sostanziale e processuale delle situazioni giuridiche soggettive (dall'eccesso di potere alla nozione di interesse legittimo, al giudizio di ottemperanza e a quello cautelare), in una sorta di affrancamento pretorio di quel giudice – allora il Consiglio di Stato – dalla esclusiva soggezione alla legge.

Attitudine interpretativa di tipo creativo e supplente che sembra, tuttavia, proseguire anche oggi – avvertono con preoccupazione gli Autori – nonostante la presenza di apposite, invero troppe, frammentate e contraddittorie codificazioni di settore, che pretendono di volta in volta la verifica del vincolo di coerenza della norma con i valori costituzionali racchiusi nei *principi*, al fine di fissare la *regola* del caso concreto nei

rapporti fra il cittadino o la comunità e il potere della pubblica amministrazione.

4. Si legittima pertanto l'attualità dell'appello diretto esattamente venti anni orsono da F. Galgano al legislatore perché procedesse alla codificazione delle regole della nomofilachia, a fronte della pluralità di letture ermeneutiche del dato normativo e della obiettiva difficoltà di riscontrare il reale diritto vivente da applicare.

Alla Corte di cassazione, al cui magistero è affidato il compito di depotenziare il corto circuito fra la legalità formale della legge e la legalità effettuale, resta attribuita dall'art. 65, comma 1, dell'ordinamento giudiziario di cui al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 la funzione di assicurare «*l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge*» e «*l'unità del diritto oggettivo nazionale*», con una dizione che tradisce i postulati razionalistico-formali del legislatore dell'epoca.

Il legislatore del XXI secolo riscopre il concetto e la portata della nomofilachia, alla luce dei principi costituzionali e convenzionali, come istituto della postmodernità e antidoto contro il caos e la deriva del diritto «liquido», siccome prodotto dalla interpretazione plurale di tipo pretorio: dunque, un presidio essenziale della calcolabilità giuridica, secondo una concezione procedurale che s'ispira alla *Diskursethik* di J. Habermas.

Di qui una serie di riforme legislative del processo civile e penale di legittimità “*in funzione nomofilattica*” (d.lgs. n. 40/2006; d.l. n. 168/2016,

conv. dalla l. n. 197/2016; l. n. 103 del 2017; d.lgs. n. 149 del 2022), con particolare riguardo alla forza e al vincolo relativo degli arresti autorevoli delle Sezioni unite civili e penali, fino a pervenire alle riforme del 2009 e del 2010 riguardanti la funzione coerenziatrice dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni riunite della Corte dei conti nei rispettivi settori di competenza.

Nel XXI secolo vengono a intrecciarsi, dunque, le categorie del diritto vivente e della nomofilachia, in funzione di garanzia dei valori e dei principi costituzionali e dell'obiettivo di realizzare una «*bussola*» che possa aiutare gli operatori del diritto ad orientarsi in un contesto ordinamentale tanto fluido, così avvicinandosi in qualche modo il sistema continentale allo *stare decisis* di *common law*.

5. Insieme con il controllo di legittimità sulle questioni inerenti alla giurisdizione, che con riguardo alle decisioni di ogni giudice, ordinario o speciale, è concentrato nelle Sezioni unite civili della Corte di cassazione, alle stesse è inoltre attribuita la funzione generale di nomofilachia per la giurisdizione ordinaria.

Per altro verso, le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti sono ricorribili per cassazione *ex art. 362 c.p.c.* «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» (art. 111, ultimo comma, Cost.). Sicché per le restanti questioni di merito e processuali resta affidata anche a tali organi speciali di antica tradizione la funzione nomofilattica di settore nell'esercizio del rispettivo sindacato di legittimità.

Tuttavia, come si è detto, l'ibrido assetto costituzionale del riparto di giurisdizione e delle nomofilachie plurali deve fare i conti con la profonda evoluzione del complessivo sistema di giustizia, ascrivibile alla frammentazione delle fonti, all'ambiguità della legistica, al dinamismo e alla fluidità dell'opera di mediazione interpretativa svolta dalla giurisprudenza.

Basta pensare ai confini della giurisdizione sui diritti soggettivi – mediante la progressiva estensione del catalogo dei casi di giurisdizione esclusiva riservati al giudice amministrativo o contabile – e sugli interessi legittimi, con l'allargamento della tutela e della risarcibilità del danno da lesione degli stessi, per comprendere come potrebbero dispiegarsi dinanzi ai massimi organi della giurisdizione, ordinaria o speciale, letture nomofilattiche disallineate nell'esercizio del sindacato di legittimità intorno ad analoghe questioni di diritto o anche di tipo processuale (come per la configurazione dei c.d. limiti esterni della giurisdizione nei casi tuttora controversi di eccesso di potere giurisdizionale o di diniego di giustizia).

Insomma, nella convivenza di differenti plessi giurisdizionali, con significative aree di sovrapposizione, il cui riparto è affidato dall'art. 111 Cost. alle Sezioni unite civili della Cassazione, s'identifica una ulteriore ragione di incertezza e di disorientamento ermeneutico, che non trova un contesto ordinamentale di composizione fra le diverse giurisdizioni, come avviene viceversa in Francia con la previsione del Tribunale dei conflitti.

In assenza di un ruolo nomofilattico unitario, non resta che muoversi secondo moduli di collaborazio-

ne istituzionale e di coordinamento, al fine di ridurre il rischio della moltiplicazione dei principi di diritto elaborati da ciascuna giurisdizione nell'opera di interpretazione di norme che, anche se in settori diversi, investono questioni comunque ricadenti nella medesima o analoga area tematica.

A tal fine, a Costituzione invariata e nell'ottica del dialogo fra le Corti, si è ipotizzata con il *Memorandum delle tre giurisdizioni*, sottoscritto il 15 maggio 2017 dai vertici della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti – punto 4 –, una composizione allargata delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione, che, integrate da un limitato numero di magistrati provenienti dalle due giurisdizioni speciali, sarebbero chiamate a giudicare sulle questioni di diritto, comuni e controverse, di maggiore portata sistemica, siccome attinenti alla tutela di diritti fondamentali, per le quali appare prioritaria l'esigenza di uniformità nomofilattica e di unità del diritto vivente. In tal modo si implementerebbe l'autorevolezza del precedente, laddove la questione di diritto investa la tutela di diritti fondamentali («*questioni di alto e comune rilievo nomofilattico*») e il rilievo della soluzione sia trasversale alle diverse giurisdizioni, così rafforzando, mediante l'unità di servizio delle giurisdizioni, la fiducia dei cittadini nello Stato di diritto.

Il *Memorandum*, che s'ispira al *favor cooperationis* e al dialogo fra le Corti, purtroppo non ha avuto ancora un esito pratico, nonostante l'accoglienza favorevole di larga parte della dottrina, del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, a causa della resistenza opposta dai giudici delle sezioni civili della Corte di

cassazione che non hanno inteso cedere una invero modesta quota di sovranità, pure a fronte della conclamata esigenza di una giurisdizione unitaria a difesa dei diritti fondamentali della persona.

## Bibliografia essenziale

- Sulla calcolabilità giuridica: N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11; G. CANZIO, *Calcolo giuridico e nomofilachia*, in AA.VV., *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, il Mulino, 2017.
- Sulla crisi del normativismo e delle tecniche di legislazione: AA.VV., *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2016, 483.
- Sulla funzione inventiva del giurista nella complessità postmoderna: P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2018.
- Sulla formazione dei precedenti in funzione nomofilattica: M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991; G. CANZIO, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in *Sistema penale*, 29/6/2022.
- Sulla esigenza di codificazione della nomofilachia: F. GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contratto e impresa*, 2004, 1; F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 1249; V. MANES, *Dalla fattispecie al precedente: appunti di deontologia ermeneutica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17/1/2018; A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022.
- Sulle ragioni e sullo spirito riformatore del *Memorandum delle tre giurisdizioni*: G. AMOROSO, *Le sezioni unite civili della Corte di cassazione a composizione allargata: considerazioni a margine del*

*Memorandum sulle tre giurisdizioni*, *Foro italiano*, 2018, V, p. 90 ss.; G. CANZIO, *Le buone ragioni di un Memorandum*, in *La nomofilachia delle tre Corti*, a cura di italiadecide, il Mulino, 2019; A. PAJNO, *Un Memorandum virtuoso*, *ivi*; S. CASSESE, L. TORCHIA, *La Costituzione dei diritti e la Costituzione delle prerogative*, *ivi*; R. RORDORF, *Le giurisdizioni superiori*, *ivi*; G. SEVERINI, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori ordinaria e amministrativa in Italia*, *ivi*.



LA FIGURA DEL “TERZO”  
NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO  
DISCIPLINATO DALLA LEGGE  
N. 241 DEL 1990

*Antonio De Vita\**

*1. Considerazioni preliminari. – 2. Fasi procedurali in cui viene esplicitamente considerata la posizione del terzo. – 3. Fasi procedurali in relazione alle quali la posizione del terzo risulta priva di tutela. – 4. Possibili impatti negativi per la tutela del terzo in sede di autonomia disciplina del procedimento da parte delle singole Amministrazioni.*

1. Il procedimento amministrativo, avviato d'ufficio dall'Amministrazione oppure su istanza di un soggetto privato, titolare di una specifica situazione giuridica, rappresenta il contesto in cui l'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione si interseca con gli interessi e le pretese di quegli amministrati che rivestono una posizione differenziata e qualificata rispetto alla generalità dei consociati.

La legge n. 241 del 1990 – esclusivo oggetto di trattazione nella presente sede – ha posto a fondamento del procedimento amministrativo il rapporto tra Amministrazione procedente e il soggetto destinatario dell'azione pubblica, identificando in tale rela-

\* Consigliere TAR Lombardia, sede di Milano.

zione il suo aspetto centrale e indefettibile – a partire dalla fase di avvio e sino alla conclusione –, in vista dell’adozione di un provvedimento destinato a incidere sulla posizione giuridica del predetto amministrato (cfr., *amplius*, Consiglio di Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2022, n. 3, par. 12.3).

Il procedimento amministrativo, tuttavia, in ragione della sua struttura e della diversificata tipologia degli interessi che nello stesso vengono coinvolti – di natura pubblica, privata, superindividuale, pretensiva, oppositiva, ecc. – molto spesso proietta i propri effetti pure nella sfera di soggetti ulteriori e diversi rispetto ai principali e naturali destinatari dell’azione amministrativa, poiché anche parti estranee al rapporto amministrativo originario subiscono (o possono subire) direttamente o indirettamente, e in ragione della tipologia di interessi coinvolti, le conseguenze, di solito pregiudizievoli, dell’azione pubblica. Si tratta di soggetti che vengono definiti ‘*terzi*’ o ‘*controinteressati*’, in quanto altri e differenti rispetto alle parti costitutive necessarie del rapporto originario – ossia l’Amministrazione e i destinatari della sua attività – e che generalmente risultano titolari di una posizione non coincidente o contrapposta, con vari gradi di intensità, rispetto a quella dell’istante o comunque dell’interessato (in via principale) allo svolgimento del procedimento.

La legge n. 241 del 1990, pur non fornendo una definizione di ‘*terzo*’ e di ‘*controinteressato*’ ai fini procedurali – a differenza di quanto avviene in relazione alla disciplina dell’accesso agli atti: cfr. art. 22, comma 1, lett. c –, in alcuni frangenti prende in

considerazione la posizione di coloro che potrebbero essere indirettamente pregiudicati dall'adozione del provvedimento finale e impone all'Amministrazione procedente di coinvolgerli nel procedimento presupposto, in vista della realizzazione della migliore e più corretta sintesi tra l'interesse pubblico e le posizioni di tutti i privati che vengono a confronto. Deve puntualizzarsi che, sebbene vi sia una certa affinità tra la nozione di terzo in senso sostanziale rispetto a quella del terzo (o controinteressato) nell'ambito del rapporto giurisdizionale, siffatte posizioni non sono del tutto sovrapponibili e sono assoggettate a una differente disciplina positiva: nel processo amministrativo, il controinteressato è destinatario di una tutela ampia ed effettiva che lo pone in una posizione di sostanziale parità con il ricorrente, come si ricava dalle innumerevoli facoltà che al primo sono riconosciute dal Codice del processo amministrativo (cfr. artt. 27, 28, 41, 42 e 108; sulla figura del controinteressato nel processo, da ultimo, Consiglio di Stato, II, 6 dicembre 2023, n. 10589), mentre in sede procedimentale il terzo gode di minori e più limitate prerogative, spesso mediate altresì da una valutazione discrezionale dell'Amministrazione procedente.

Ciononostante la posizione del terzo con riguardo al procedimento amministrativo non può assumersi come trascurabile o di rilievo secondario, perché l'intervento di questi in sede procedimentale, da una parte, risponde a esigenze di ordine generale, in quanto permette di garantire il miglior perseguimento dell'interesse pubblico per il tramite dell'emersione (e della conseguente valutazione), quanto più approfondita ed

esaustiva possibile, di tutti gli aspetti della questione oggetto di esame, e dall'altra consente a tale soggetto di tutelare al meglio la propria sfera giuridica individuale, ponendo l'Amministrazione procedente nelle condizioni di effettuare una compiuta comparazione anche tra le contrapposte posizioni giuridiche dei vari soggetti privati coinvolti nell'attività amministrativa, al fine di realizzare il loro adeguato ed equilibrato bilanciamento.

Deve peraltro evidenziarsi come la legge n. 241 del 1990 non contenga disposizioni generali e di carattere sistematico che impongano all'Amministrazione procedente, con riguardo a tutte le tipologie di procedimento o in relazione a tutte le sue fasi, di coinvolgere, antecedentemente all'adozione di un provvedimento, tutti quei soggetti privati, ovvero anche i terzi, che potenzialmente potrebbero subire gli effetti dall'emanazione del citato atto conclusivo. Vi sono invece nella richiamata legge previsioni specifiche e puntuali che disciplinano l'intervento dei terzi nel procedimento, le quali però non sempre sono di cogente applicazione, sovente riconoscendosi all'Amministrazione un rilevante margine di discrezionalità in ordine al possibile coinvolgimento dei citati soggetti (cfr. art. 11, comma 1-bis). Addirittura, con riferimento a specifiche fasi procedurali (ad esempio, in sede di adozione del preavviso di rigetto), non è affatto previsto l'intervento del terzo e tale carenza non pare surrogabile, almeno in via generale, nemmeno dall'eventuale differente scelta dell'Amministrazione procedente che fosse finalizzata, relativamente al caso concreto, a coinvolgere comunque il soggetto controinteressato, sia perché

ciò si porrebbe in contrasto con il principio di legalità posto a presidio di tutta l'attività della P.A. – e di cui il procedimento rappresenta certamente il fulcro –, sia perché in tal modo si aggraverebbe la posizione del destinatario del provvedimento finale, che potrebbe trovarsi costretto a subire conseguenze pregiudizievoli in ordine alla sua pretesa, a causa di elementi ostativi versati e rappresentati nel procedimento in maniera del tutto irrituale da soggetti non legittimati ex lege.

La partecipazione del terzo al procedimento amministrativo, come già accennato, è funzionale a una piena tutela della sua posizione giuridica, poiché è compito dell'Amministrazione valutare in maniera complessiva, e possibilmente esaustiva, tutti gli elementi posti alla sua attenzione sia sotto il profilo della legittimità che del merito, non essendovi preclusioni di sorta in tal senso. Ove tale complessiva valutazione non venga compiuta, o venga effettuata in maniera non adeguata, è certamente possibile per il terzo che assume di essere stato pregiudicato da un provvedimento amministrativo agire in giudizio e far valere la lesione delle proprie prerogative procedimentali (ove sussista congiuntamente pure la legittimazione ad agire). Tuttavia, in sede giurisdizionale, potrà essere sindacata l'azione amministrativa soltanto sotto il profilo della legittimità, ma non anche del merito (tranne che nelle materie indicate dall'art. 134 cod. proc. amm.); quindi la mancata partecipazione al procedimento impedisce al terzo di far valere pretese riferite agli aspetti sostanziali della questione e tale vulnus potrebbe restare inferto irrimediabilmente, non essendo consentito al

giudice amministrativo di svolgere un sindacato di merito avente a oggetto la composizione degli interessi che sono venuti in contrapposizione, spettando invero siffatto compito in via esclusiva all'Amministrazione (al più, potrebbe essere dedotta una carenza di istruttoria o una contraddittorietà della motivazione rispetto alle emergenze procedimentali). Inoltre deve segnalarsi la minore ampiezza della legittimazione processuale rispetto a quella procedimentale (Consiglio di Stato, IV, 11 aprile 2023, n. 3639; IV, 7 settembre 2022, n. 7799), da cui discende la possibilità che al terzo non sia nemmeno riconosciuta la legittimazione a instaurare un giudizio che si debba concludere con una decisione riferibile al merito della vicenda (il partecipante non necessario potrebbe solo intervenire nel procedimento e nel processo, ma non impugnare autonomamente il provvedimento, secondo Consiglio di Stato, IV, 5 aprile 2023, n. 3533). Del resto, in via più generale, deve rilevarsi che non è consentito trasferire, impropriamente, nel processo questioni che avrebbero dovuto essere esaminate ordinariamente nella sede procedimentale, essendo precluso al giudice l'esame in via diretta del rapporto amministrativo in assenza del previo svolgimento del procedimento, poiché è quest'ultima la sede prima e indefettibile nella quale gli interessi vengono in comparazione e devono essere composti, secondo la tecnica del bilanciamento, da parte del soggetto pubblico competente: invertire il rapporto tra procedimento e processo.

2. Nella legge n. 241 del 1990, come già accennato, vi sono alcune disposizioni che prendono in considerazione la posizione del terzo e impongono all'Amministrazione di coinvolgerlo nel procedimento, laddove da ciò possano scaturire effetti pregiudizievoli per la sua posizione giuridica. Va tuttavia precisato che tale coinvolgimento, sebbene previsto e imposto dalla legge, non garantisce che in concreto la partecipazione del terzo al procedimento risulti piena ed effettiva, ossia possa essere ritenuta equiparabile, a livello qualitativo, a quella garantita al destinatario diretto del provvedimento finale, non essendo previsti meccanismi in grado di assicurare tale obiettivo e considerato l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto sul punto all'Amministrazione procedente (vincolata solo al rispetto di adempimenti formali, senza però essere sottoposta ad alcun limite di natura sostanziale).

Innanzitutto, può richiamarsi l'art. 7, comma 1, che onera l'Amministrazione di comunicare l'avvio del procedimento anche ai soggetti individuati, o facilmente individuabili, diversi dal destinatario del provvedimento finale e potenzialmente pregiudicati dal predetto provvedimento. La disposizione non impone però la comunicazione dell'avvio del procedimento nei confronti di tutti i terzi che possono subire un qualsivoglia effetto dal provvedimento finale, ma si riferisce soltanto a coloro che possono subire un pregiudizio dalla sua emanazione: in tal modo, il legislatore sembrerebbe aver inteso tutelare nella sostanza soltanto la posizione giuridica dei terzi controinteressati, ovvero di coloro che hanno un interesse antitetico rispetto al soggetto destinatario del

provvedimento finale, e non invece anche garantire la completezza dell'istruttoria procedimentale, visto che per raggiungere tale ultimo scopo si sarebbe dovuto altresì prevedere il coinvolgimento di tutti i soggetti comunque potenzialmente destinati a subire degli effetti del citato provvedimento finale. Se l'obbligo per l'Amministrazione non è così ad ampio spettro, nondimeno non le è preclusa la facoltà di ampliare il novero dei soggetti partecipanti al procedimento, laddove ne ravvisi la necessità o quantomeno l'opportunità. Tuttavia, considerato che l'obiettivo del legislatore sembra essere (anche) quello di non appesantire eccessivamente la fase procedimentale, nel rispetto del principio che vieta l'aggravamento del procedimento se non in presenza di straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria (art. 1, comma 2), l'Amministrazione procedente è tenuta a comprovare con adeguate argomentazioni la scelta di ampliare la platea dei soggetti partecipanti alla fase istruttoria, così da rendere palesi le finalità perseguite e soprattutto giustificarle in vista della necessità di dover garantire l'effettività (o l'efficacia) dell'azione amministrativa. Deve poi segnalarsi che le valutazioni riguardanti l'interesse alla partecipazione al procedimento, i pregiudizi rispetto ai terzi e la potenziale pertinenza degli apporti istruttori devono essere effettuate necessariamente in via prognostica, non essendo possibile avere certezze in merito alla loro effettiva sussistenza, se non in seguito all'adozione del provvedimento finale e al dispiegamento dei suoi effetti.

Anche l'art. 9 abilita i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, ai quali possa derivare un

pregiudizio dal provvedimento, a intervenire nel procedimento, pur in assenza di un previo coinvolgimento su iniziativa dell'Autorità procedente. Si tratta all'evidenza di soggetti che l'Amministrazione non è stata in grado di identificare o perché non sono facilmente individuabili oppure perché hanno maturato l'interesse nel corso del procedimento (controinteressati sopravvenuti), ma che possono dimostrare di poter subire un pregiudizio dall'adozione del provvedimento finale. L'intervento dei predetti soggetti è ammesso anche nella conferenza di servizi, dove gli interessi coinvolti nel procedimento amministrativo, di regola riferibili a più Amministrazioni, devono essere esaminati e valutati in maniera contestuale (art. 14, comma 5).

La partecipazione al procedimento consente al terzo di fornire la propria soggettiva prospettazione dei fatti oggetto di valutazione e di dare un apporto istruttorio individuale (art. 10, comma 1, lett. b), così permettendo all'Amministrazione di avere un quadro conoscitivo quanto più possibile completo rispetto agli aspetti sottoposti alla sua attenzione e di adottare una decisione molto più aderente e adeguata al reale contesto in cui si iscrive l'attività amministrativa. In tal modo, il terzo, oltre a perseguire e a tutelare il proprio interesse, diventa anche una sorta di tutore indiretto (si potrebbe definire *'esponenziale'*) dell'interesse generale, poiché garantisce un vaglio più adeguato e completo dei presupposti dell'azione amministrativa.

La partecipazione del terzo controinteressato è prevista anche nei procedimenti finalizzati alla sottoscrizione di accordi integrativi o sostitutivi del prov-

vedimento tra Amministrazione e destinatario (principale) dell'attività amministrativa (art. 11), evitandosi in tal modo pregiudizi nei confronti dei richiamati terzi anche laddove si opti per l'adozione, in vista del perseguimento dell'interesse pubblico, di uno strumento consensuale in sostituzione di un atto autoritativo unilaterale. La finalità antielusiva della prescrizione, avente lo scopo di garantire il rispetto delle garanzie partecipative dei terzi, trova conferma anche nella circostanza che all'Amministrazione è imposto l'obbligo di far precedere la stipulazione dell'accordo da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento finale (art. 11, comma 4-bis).

Una peculiare forma di coinvolgimento del terzo controinteressato è disciplinata nell'ambito del procedimento avviato in seguito alla presentazione di una s.c.i.a. (segnalazione certificata di inizio attività); l'art. 19 non prevede, né in fase di avvio, né nelle successive fasi di controllo, la possibilità per soggetti diversi dal segnalante o dall'Amministrazione coinvolta di intervenire direttamente nel procedimento, sostanzialmente precludendo siffatta possibilità ai terzi controinteressati (che di conseguenza non sono nemmeno parti necessarie del giudizio, Consiglio di Stato, IV, 24 febbraio 2022, n. 1302). Al terzo è consentito, ai sensi del comma 6-ter, di sollecitare soltanto l'esercizio delle verifiche spettanti all'Amministrazione e, stante la natura di atto privato non impugnabile della s.c.i.a., in caso di inerzia di quest'ultima, di esperire in sede giurisdizionale l'azione sul silenzio di cui agli artt. 31 e 117 cod. proc.

amm. Tuttavia tale disciplina non garantisce una effettiva tutela per il terzo – denominato ‘*interessato*’ dal comma 6-ter – perché se pure è vero che l’Amministrazione è obbligata a verificare la sussistenza dei presupposti costitutivi della s.c.i.a. anche nel caso in cui siano decorsi i termini di cui al comma 3 dell’art. 19, trattandosi di una sorta di autotutela obbligatoria – più esattamente è una verifica delle condizioni previste dall’art. 21-nonies (Consiglio di Stato, IV, 11 marzo 2022, n. 1737) –, comunque il superamento del termine di dodici mesi previsto dall’art. 21-nonies impedisce di vietare la prosecuzione dell’attività e di ordinare la rimozione degli eventuali effetti dannosi prodottisi fino a quel momento. Ciò è in linea con l’orientamento della Corte costituzionale (sentenza n. 45 del 2019), secondo il quale «*decorsi questi termini [ovvero i dodici mesi dalla presentazione della s.c.i.a.], la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell’amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all’esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l’interesse si estingue*». A ridurre ancor di più la tutela del terzo è la progressiva affermazione dell’orientamento giurisprudenziale secondo il quale la conformità dell’intervento alla normativa applicabile alla fattispecie costituisce requisito di validità del titolo formatosi in seguito alla presentazione della s.c.i.a. e non requisito di perfezionamento della fattispecie (cfr. infra, sulla configurazione del silenzio assenso).

Con riferimento poi alla posizione del terzo rispetto al procedimento di autotutela, l'art. 21 nonies prevede, oltre al coinvolgimento dell'interessato-beneficiario del provvedimento oggetto di rivalutazione, anche quello degli eventuali controinteressati, ossia di coloro che potrebbero trarre vantaggio da tale annullamento. Malgrado questi ultimi soggetti dovrebbero essere considerati sullo stesso piano dei beneficiari del provvedimento soggetto all'autotutela, non sempre l'Amministrazione li coinvolge adeguatamente nel procedimento di secondo grado, pur trattandosi in alcuni frangenti di coloro che hanno assunto l'iniziativa da cui è scaturito il procedimento finalizzato all'annullamento dell'atto favorevole per i predetti beneficiari. Tale modus procedendi rende certamente meno esaustiva e adeguata la fase istruttoria e costringe i terzi che si reputano danneggiati ad agire direttamente in giudizio avverso il diniego di autotutela – con le connesse limitazioni legate alla discrezionalità di tale determinazione – oppure a intervenire nel processo instaurato aliunde per difendere l'atto di annullamento assunto dall'Amministrazione, scontando però le preclusioni che già sono state in precedenza esposte, ossia, in particolare, la non surrogabilità in fase processuale dell'attività svolta (o che sarebbe stato possibile svolgere) in sede procedimentale.

Un settore in cui la tutela del terzo risulta invece garantita in maniera adeguata è quello riguardante l'accesso alla documentazione amministrativa (artt. 22 e ss.). Già nella fase di presentazione della richiesta finalizzata all'ostensione degli atti, la posizione del terzo assume un rilievo adeguato, poiché l'Am-

ministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso deve verificare se esistono controinteressati, ossia quei soggetti che da tale accesso potrebbero vedere compromesso il loro diritto alla riservatezza, e, ove individuati, deve comunicare ai medesimi la pendenza della predetta richiesta ostensiva. Ai controinteressati sono concessi dei congrui termini (dieci giorni) per opporsi motivatamente alla richiesta di accesso (cfr. art. 3 del D.P.R. n. 184 del 2006). Di regola, sono sottratti all'accesso i documenti che riguardano la vita privata o la riservatezza delle persone, salvo che il richiedente non dimostri di dover tutelare delle posizioni giuridiche di rango almeno pari a quelle che si intendono salvaguardare con il diniego di ostensione dei dati richiesti.

Da ultimo, va rilevato che l'art. 13 della legge n. 241 del 1990 stabilisce la non applicabilità delle norme relative alla partecipazione al procedimento amministrativo, contenute nel Capo III (artt. 7-12) della medesima legge, *«nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione»*, oltre che ai procedimenti tributari e a quelli riguardanti i collaboratori di giustizia; per tale ragione la posizione dei terzi nei richiamati procedimenti non sarà oggetto di trattazione nel presente contributo.

3. Sebbene il coinvolgimento del terzo nel procedimento amministrativo sia espressamente previsto

dalla legge n. 241 del 1990, ciò non vuol dire, come già evidenziato in precedenza, che la posizione di quest'ultimo sia perfettamente equiparata a quella del soggetto nei confronti del quale il provvedimento finale è primariamente destinato a produrre effetti. Il procedimento disciplinato dal legislatore è disegnato attorno alle figure chiave – uniche ritenute necessarie e indefettibili – dell'Amministrazione procedente e del destinatario principale (o diretto) del provvedimento finale, in un'ottica sostanzialmente dualistica; l'impostazione normativa però non risulta del tutto corrispondente alla realtà concreta, in cui sempre più spesso si manifesta la natura multipolare e composita del procedimento amministrativo, convergendo nel medesimo una pluralità di interessi che imporrebbero, per una loro opportuna sintesi da parte dell'Amministrazione procedente, un confronto tra tutti i soggetti potenzialmente coinvolti, siano essi pubblici o privati.

A riprova della insoddisfacente e in parte inadeguata impostazione impressa in sede normativa al procedimento amministrativo può essere richiamata la circostanza che l'intervento del terzo non sempre è contemplato nelle fasi procedurali più rilevanti e dalle quali possono scaturire effetti diretti sul provvedimento finale.

Certamente la posizione dei terzi non rinvia alcuna tutela nella fase relativa all'adozione del c.d. preavviso di rigetto, disciplinata dall'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, visto che tale disposizione si incentra soltanto sul rapporto tra l'Amministrazione e la parte istante, trascurando del tutto la posizione

degli eventuali terzi controinteressati. Il vulnus per i soggetti terzi è tanto più rilevante in quanto nessuna interlocuzione risulta possibile successivamente al momento in cui si forma, in via definitiva, la volontà dell'Amministrazione in ordine alla conclusione del procedimento, che viene poi esternata nel preavviso di rigetto. La partecipazione del terzo al procedimento probabilmente contribuirebbe a rafforzare la posizione espressa in sede di preavviso di diniego dall'Amministrazione e consentirebbe a quest'ultima di utilizzare a proprio favore, con indubbi vantaggi, anche in sede processuale, gli ulteriori elementi ostativi già emersi nella richiamata sede procedimentale e introdotti dal terzo. Invece, il divieto di indicare motivazioni ulteriori rispetto a quelle contenute nel preavviso e addirittura, in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, dell'impossibilità per l'Amministrazione, nell'esercitare nuovamente le proprie prerogative, di poter addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato (come previsto con il decreto legge n. 76 del 2020), rendono la posizione del terzo assolutamente irrilevante oltre che a livello procedimentale – stante la mancata previsione del suo intervento da parte dell'art. 10-bis – anche sotto il profilo processuale, perché le eventuali deduzioni formulate in giudizio, non essendo contenute nel preavviso di diniego, sarebbero del tutto irrilevanti. Né potrebbe consentirsi all'Amministrazione procedente di estendere, di propria iniziativa, la partecipazione al terzo controinteressato anche alla fase scaturente dall'adozione del preavviso di di-

niego, coinvolgendolo nel sub-procedimento avviato con la richiamata comunicazione: in presenza di una disposizione – l'art. 10-bis – che non contempla affatto tale possibilità, sarebbe illegittimo consentire anche la partecipazione al terzo allo scopo di rafforzare la tutela, a ciò contrapponendosi, di converso, una parallela riduzione – a questo punto contra legem – delle garanzie nei confronti della parte istante, unico soggetto che la citata disposizione intende salvaguardare. Soltanto una modifica normativa potrebbe garantire un'apertura della partecipazione anche al terzo e così consentire la piena esplicazione del contraddittorio procedimentale altresì con riguardo alla sub-fase avviata con l'emanazione del preavviso di rigetto.

A giustificazione della mancata estensione del contraddittorio procedimentale ad ampio spettro – a garanzia di un migliore e più esaustivo esame della vicenda oggetto di valutazione da parte dell'Amministrazione e di una maggiore tutela dei terzi – devono essere richiamati i principi di ragionevole durata e di non aggravamento del procedimento che, in presenza di ulteriori parti necessarie, oltre all'Amministrazione procedente e al destinatario finale, vedrebbe certamente un allungamento dei propri tempi di definizione e una minore stabilità del provvedimento finale, potendo questo essere contestato in sede giurisdizionale anche dal terzo, sulla base di censure legate alla mancata osservanza delle garanzie procedurali previste in suo favore. È evidente che la sintesi degli interessi in conflitto non può che essere riservata al legislatore, al quale spetta la scelta in ordine agli obiettivi da rag-

giungere, nel rispetto del principio costituzionale del buon andamento dell'Amministrazione, che si declina non solo in termini di efficacia dell'azione amministrativa, ma anche di efficienza, economicità, ragionevole durata e di oculata gestione delle risorse (cfr. art. 97 Cost. e art. 1 della legge n. 241 del 1990).

Tali ultimi obiettivi sembrano essere quelli principalmente perseguiti dalla previsione di cui all'art. 2, comma 8-bis, secondo la quale le determinazioni tardive con riguardo ai procedimenti trattati in conferenza di servizi, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti prodotti dalle s.c.i.a., adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci; in questo modo oltre alla riduzione dei tempi del procedimento, si intende soprattutto tutelare l'affidamento del destinatario diretto dell'attività amministrativa, che non viene a subire alcun effetto negativo dai richiamati provvedimenti tardivi. Anche in tale frangente la posizione del terzo non è per nulla contemplata, nonostante questi sia legittimato a partecipare alle conferenze di servizi e possa sollecitare l'Amministrazione a effettuare verifiche in ordine alla legittimità della s.c.i.a. e delle attività realizzate in base alla stessa. La questione appare poi ulteriormente complicata dalla difficoltà di stabilire in cosa consista esattamente l'inefficacia sancita dalla norma, che certamente non esclude e ben potrebbe coesistere con la persistente legittimità e validità della determinazione amministrativa tardivamente assunta, da cui scaturisce il rischio di trovarsi al cospetto di provvedimenti legittimi privi tuttavia della loro efficacia in via permanente.

Un settore in cui l'intervento del terzo può potenzialmente risultare del tutto irrilevante riguarda le ipotesi in cui i provvedimenti si formano in via tacita, tramite il meccanismo del silenzio assenso, in applicazione del disposto di cui all'art. 20 della legge n. 241 del 1990. Lo spettro applicativo della disposizione – operante «*nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi*» (il silenzio-assenso non costituisce una modalità 'ordinaria' di svolgimento dell'azione amministrativa, ma è un rimedio messo a disposizione dei privati a fronte della inerzia dell'amministrazione, per Consiglio di Stato, VI, 8 luglio 2022, n. 5746) – produce delle conseguenze su una pluralità di consociati ed esplica un impatto particolarmente rilevante sull'attività amministrativa, giacché tramite il richiamato meccanismo si fornisce un riscontro positivo alla richiesta formulata dagli interessati al fine di ottenere provvedimenti ampliativi della propria sfera giuridica (c.d. interessi pretensivi), che in alcuni casi producono conseguenze e determinano la limitazione della posizione giuridica di altri soggetti (ovvero dei terzi); il meccanismo previsto dalla richiamata disposizione, non prevedendo l'adozione di un provvedimento espresso, sterilizza l'eventuale apporto procedimentale di questi ultimi, che pertanto risulta del tutto ininfluyente in ordine alla determinazione finale tacita. Tale vulnus è aggravato sia dalla circostanza che il legislatore ha, nel corso del tempo, ampliato in maniera consistente il novero delle attività e degli ambiti sottoposti alla disciplina del silenzio assenso, estendendo sensibilmente il relativo campo, sia

dall'affermarsi di un orientamento giurisprudenziale secondo il quale il silenzio assenso si forma anche laddove l'attività del privato non risulti conforme alla normativa di settore, ovvero pure in carenza dei requisiti di validità della domanda fissati dalla legge e delle condizioni per ottenere legittimamente il provvedimento espresso: solo la radicale esorbitanza della domanda dal modello legale impedisce la formazione del silenzio assenso e, quindi, ove non ricorre tale ultima e più estrema condizione, la mancanza dei requisiti di validità rileva esclusivamente in termini di illegittimità del provvedimento tacito, il quale non è nullo o inesistente, ma soltanto annullabile in via di autotutela o in sede giurisdizionale, nel rispetto dei termini decadenziali previsti dall'ordinamento, superati i quali il predetto atto tacito si consolida nei suoi effetti e si stabilizza definitivamente (cfr. Consiglio di Stato, VI, 30 novembre 2023, n. 10383).

A differenza della s.c.i.a., che è un atto privato, il provvedimento formatosi tramite il silenzio assenso è a tutti gli effetti un atto amministrativo che può essere impugnato e contestato, senza particolari preclusioni, tramite la proposizione di un gravame ordinario; la formazione per *silentium* del provvedimento rende tuttavia incerto il momento in cui lo stesso si perfeziona e ciò, oltre a porre dei problemi per l'Amministrazione e per lo stesso soggetto istante – che si è tentato di superare con una esplicita previsione (cfr. art. 20, comma 2-bis) –, rende non agevole la tutela della posizione del terzo controinteressato, poiché ove questi intenda contestare il predetto provvedimento comun-

que è tenuto a rispettare il termine decadenziale di cui all'art. 29 cod. proc. amm. Inoltre, come già rilevato in precedenza, il terzo, in giudizio, non potrà contrastare il merito della pretesa e contribuire con il proprio apporto a imprimere un determinato assetto agli interessi in contrapposizione, ma potrà soltanto censurare la legittimità del provvedimento, con conseguenze di natura esclusivamente demolitoria.

Un ulteriore ambito in cui la posizione del terzo non riceve adeguata tutela è quella riguardante i procedimenti che sono finalizzati all'adozione di un atto a contenuto negativo per i destinatari principali – ad esempio, diniego di un permesso di costruire, inibizione di una s.c.i.a., ordine di demolizione, ecc. –, probabilmente quale conseguenza dell'implicito presupposto, affatto condivisibile, che l'iniziativa dell'Amministrazione, finalizzata all'assunzione di un provvedimento negativo, sia già di per sé idonea ad assicurare tutela alla posizione dei terzi – ad esempio, a colui che segnala un abuso edilizio lesivo della sua sfera giuridica –, non considerandosi tuttavia che l'avvio di siffatto procedimento non garantisce con certezza che lo stesso si concluda con l'adozione di un atto soddisfacente per la posizione del terzo interessato, pretermesso dal procedimento, e comunque impedisce a quest'ultimo di fornire il proprio contributo in vista della soluzione legittima e più corretta della vicenda oggetto di interesse; inoltre tale pretermissione ha una diretta conseguenza anche in sede giurisdizionale, dove non è prevista l'estensione del contraddittorio ai terzi estranei al procedimento, visto che «*i soggetti controinteressati devono essere titolari di una*

*relazione diretta (nella dimensione procedimentale) con il provvedimento impugnato»* (Consiglio di Stato, IV, 24 febbraio 2022, n. 1302, che richiama Ad. plen., 28 gennaio 2022, n. 3) e la mancanza di una tale relazione impedisce loro di partecipare, come parti necessarie, al processo.

4. La legge n. 241 del 1990 riconosce alle Regioni e agli Enti locali territoriali, nel rispetto del riparto delle competenze stabilite dal Titolo V della Seconda Parte della Costituzione, la possibilità di disciplinare i procedimenti amministrativi di loro pertinenza e di stabilire le garanzie per il cittadino con riguardo dell'azione amministrativa di rispettiva competenza, in linea con i principi contenuti nella medesima legge (art. 29). Quindi agli Enti territoriali è riconosciuta la possibilità di adottare una regolamentazione autonoma con riguardo ai procedimenti amministrativi di loro spettanza, subordinatamente al rispetto dei principi di cui alla legge statale, la quale contiene altresì l'individuazione di quelle disposizioni che sono di cogente applicazione per tutte le Amministrazioni pubbliche (cfr. art. 29, comma 1, ultimo periodo).

Nondimeno, anche laddove non è prevista l'applicazione in via diretta della normativa contenuta nella legge n. 241 del 1990, la facoltà di intervento degli Enti territoriali in materia di disciplina del procedimento amministrativo, e più in generale dell'attività amministrativa, è comunque sottoposta non soltanto al rispetto dei principi contenuti nella citata legge statale, ma deve assicurare anche il rispetto dei livelli es-

senziali delle prestazioni, previsti a garanzia di un uniforme trattamento minimo, non derogabile in peius, per tutti i cittadini sull'intero territorio nazionale (art. 117, secondo comma, lett. m, Cost.). Sono ricomprese nei livelli essenziali le disposizioni contenute nella legge n. 241 del 1990 *«concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato, di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti»* (art. 29, comma 2-bis). Sono altresì ricomprese nei livelli essenziali le disposizioni *«concernenti la presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni, la segnalazione certificata di inizio attività e il silenzio assenso e la conferenza di servizi»* (art. 29, comma 2-ter). Pertanto, *«le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai commi 2-bis e 2-ter, ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela»* (art. 29, comma 2-quater). Con riferimento all'argomento oggetto di trattazione, ossia la posizione del terzo nel procedimento amministrativo, deve immediatamente rilevarsi come la tutela di quest'ultimo non risulta ricompresa nei livelli essenziali delle prestazioni, a ciò conseguendo la possibilità che venga introdotta, legittimamente, una normativa – a livello regionale o locale – che riduca, o elimini del tutto, le garanzie apprestate in favore del terzo dalla legge n.

241 del 1990. Peraltro, anche a livello statale, le richiamate garanzie potrebbero essere derogate attraverso l'introduzione di una disciplina, di rango legislativo, che renda la posizione del terzo del tutto marginale (o addirittura irrilevante) in determinati procedimenti, non essendo qualificata la sua posizione come "*fondamentale*" dalla legge generale sul procedimento amministrativo (sul rilievo di sistema della legge n. 241 del 1990, cfr. Corte costituzionale sentenze n. 310 del 2010 e n. 246 del 2018).

Dalla normativa esaminata si ricava quindi una linea di tendenza che non è indirizzata verso una maggiore tutela del terzo, visto che il mantenimento dei livelli essenziali non preclude all'Amministrazione di prevedere ulteriori livelli di tutela in relazione (i) alla partecipazione dell'interessato al procedimento e (ii) alla presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni, alla segnalazione certificata di inizio attività e al silenzio assenso: il rafforzamento di tali posizioni, che fanno capo al soggetto interessato (principale), inevitabilmente determina una speculare riduzione delle tutele per le parti (controinteressate) che hanno un interesse contrapposto a quello dei citati soggetti principali destinatari dell'azione amministrativa, come può ricavarsi, in maniera emblematica, dalla rinnovata disciplina del preavviso di rigetto o dalla disposta inefficacia dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività o di rimozione degli effetti adottati dopo la scadenza dei termini previsti dalle disposizioni in materia di s.c.i.a. (art. 2, comma 8-bis), che non contemplano affatto l'intervento del terzo e neppure ne riconoscono l'esistenza.

Da quanto in precedenza evidenziato, si ricava che l'assetto normativo posto a tutela della posizione del terzo, non del tutto adeguato in punto di effettività e nemmeno esaustivo nella sua configurazione, si fonda sulle scelte del legislatore orientate a garantire massimamente la posizione del destinatario principale o diretto del provvedimento finale, con correlata marginalizzazione degli altri interessi privati con lo stesso confliggenti. In tal modo non si considera che, in non pochi casi, il rapporto amministrativo non è di natura bilaterale, ma è composito e multiforme, con la conseguenza che il corretto perseguimento dell'interesse pubblico deve essere necessariamente garantito anche attraverso la previa comparazione del complesso degli interessi privati che vengono in contrapposizione nel procedimento e di cui l'Amministrazione pubblica deve operare la migliore sintesi possibile.

*Bibliografia essenziale*

- FERRARA R., *Il procedimento amministrativo visto dal “terzo”*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2003, n. 3, 1024 ss.
- MANNUCCI G., *La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, n. 1, 211 ss.
- POSTERARO N., *Alcune considerazioni critiche su due questioni inerenti alla tutela del terzo leso da una SCIA a partire da una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2022, n. 4, 957 ss.
- RAMAJOLI M., *La scia e la tutela del terzo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2012, n. 1, 329 ss.
- SANDULLI M.A. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il ‘terzo’ nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2014, n. 1, 25 ss.



## IL SILENZIO ASSENSO: REGOLE E PRINCIPI

*Flavia Risso\**

Uno degli obiettivi principali del legislatore in materia di azione amministrativa è senza dubbio quello di semplificare ed accelerare – secondo un meccanismo di *fast track procedure* – i procedimenti amministrativi riguardanti rilevanti insediamenti produttivi, opere di interesse generale o l'avvio di attività imprenditoriali suscettibili di avere positivi effetti sull'economia o sull'occupazione (art. 4 della legge 7 agosto 2015, n. 124).

Come chiarito nel parere del Consiglio di Stato n. 929 del 15 aprile 2016, il fattore “tempo” assume, infatti, un “valore ordinamentale fondamentale” quale componente determinante per la vita e l'attività dei cittadini e delle imprese, per i quali l'incertezza o la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libera iniziativa privata ex art. 41 della Costituzione.

In quest'ottica, il legislatore, come evidenziato dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato nel parere n. 1640 del 13 luglio 2016, manifesta una contrarietà di fondo nei confronti dell'inerzia amministrativa che viene stigmatizzata al punto da ricollegare

\* Consigliere TAR Toscana, attualmente in fuori ruolo come assistente di studio presso la Corte costituzionale. Le opinioni espresse non impegnano in alcun modo l'Istituto di appartenenza..

al silenzio della pubblica amministrazione interpellata la più grave delle “sanzioni” o il più efficace dei “rimedi” che si traduce, attraverso l’equiparazione del silenzio all’assenso, nella perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento.

Nel parere n. 1640 del 13 luglio 2016 il Consiglio di Stato evidenzia altresì che gli istituti di semplificazione trovano un solido fondamento nel principio del buon andamento della pubblica amministrazione di cui all’art. 97 della Costituzione, letto “in un’ottica moderna” che “tenga conto dell’esigenza di assicurare “il primato dei diritti” della persona, dell’impresa e dell’operatore economico rispetto a qualsiasi forma di mero dirigismo burocratico”. Il Consiglio di Stato, nel suddetto parere, tuttavia, chiarisce che nella logica del “primato dei diritti”, i meccanismi di semplificazione dell’azione amministrativa non vanno visti come una forma di sacrificio dell’interesse pubblico, ma al contrario come strumenti funzionali ad assicurare una cura efficace, tempestiva e pronta dello stesso, con il minore onere possibile per la collettività e per i singoli privati.

Anche l’ordinamento eurounitario sembra dimostrare, nell’ottica di favorire gli investimenti e l’economia, un certo favor verso la semplificazione; per rendersene conto è sufficiente leggere il considerando 43 e l’art. 13 della direttiva Bolkestein che, infatti, ha introdotto il “principio della tacita autorizzazione” (direttiva, come è noto, recepita in Italia con il d.lgs. n. 59 del 2010).

Secondo una parte della dottrina, invece, il legislatore sta introducendo i rimedi sbagliati per affrontare l’inefficienza della pubblica amministrazione, la quale

richiederebbe maggiori responsabilità e più controlli, e non la riduzione del potere discrezionale attraverso l'inserimento di automatismi «sia nella organizzazione (vedi rotazione obbligatoria dei dirigenti e del personale) che nel processo decisionale (come il valore endo e eso-procedimentale del silenzio, reso equivalente all'assenso o alla stessa determinazione finale)» (Cammelli 2017).

Secondo tale impostazione, non andrebbe saltata la valutazione, ma dovrebbe essere sostituito il valutatore inerte ricorrendo alla prestazione di altre unità della stessa amministrazione o ad analoghi e riconosciuti saperi di altre realtà; ciò in quanto l'incapacità o impossibilità di svolgere il proprio compito non può risolversi alternativamente «nel blocco del procedimento e in un sostanziale potere di veto o nell'omesso apprezzamento di elementi evidentemente ritenuti rilevati dal legislatore».

È stato evidenziato che «se è scontato che, a parità di operazioni svolte, la capacità di risparmiare tempo nel porle in essere è indice di efficienza ed è un obiettivo utile da raggiungere con la semplificazione, non si può dire lo stesso quando per accelerare si trascura di introdurre e confrontare alcuni dei molteplici interessi che invece nel procedimento dovrebbero essere ponderati» (Bombardelli, 2016).

Più nello specifico, è stato osservato che la semplificazione non può essere appiattita su uno solo degli interessi in gioco, e cioè su quello di chi ha richiesto il provvedimento all'amministrazione (Bombardelli 2016).

Altra dottrina evidenzia altresì il rischio che l'introduzione di alcuni istituti di semplificazione (in

particolare, il silenzio assenso anche tra pubbliche amministrazioni ex art. 17 bis) determini «una vera e propria fuga in avanti in quella che si potrebbe definire la “guerra di logoramento” degli interessi sensibili che vengono sempre più parificati a quelli ordinari» (De Leonardis 2015).

In questo quadro generale si pongono le disposizioni (regole) più recenti in tema di silenzio assenso:

i) l'espressa previsione della annullabilità d'ufficio anche nel caso in cui il «provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20», presuppone evidentemente che la violazione di legge non incida sul perfezionamento della fattispecie, bensì rilevi (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell'atto;

ii) l'art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990 (introdotto dal decreto-legge n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020) – nella parte in cui afferma che «Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ...sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni» – conferma che, decorso il termine, all'Amministrazione residua soltanto il potere di autotutela;

iii) l'art. 2, comma 2-bis – prevedendo che «Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta

del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo...» (analoga, ma non identica, disposizione è contenuta all'ultimo periodo dell'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001) – stabilisce, al fine di ovviare alle incertezze circa il regime di formazione del silenzio-assenso, che il privato abbia diritto ad un'attestazione che deve dare conto dell'inutile decorso dei termini del procedimento (in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie rimaste inevase e di provvedimenti di diniego tempestivamente intervenuti);

iv) l'abrogazione dell'art. 21, comma 2, della legge n. 241 del 1990 che assoggettava a sanzione coloro che avessero dato corso all'attività secondo il modulo del silenzio-assenso, «in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente»;

v) l'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 – secondo cui: «Con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi...» –, da cui si desume che, in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenzio-assenso si perfeziona comunque (al riguardo, sussiste una antinomia con l'art. 21-novies, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990, il quale riconduce all'autotutela anche l'ipotesi di «provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false

rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato», facendo salva la possibilità di annullamento in autotutela anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi).

Come evidenziato dal Consiglio di Stato (sez. VI, 16 dicembre 2022, n. 11034) questi sono puntuali ed univoci indici normativi che confermano che il legislatore ha inteso chiaramente sconfessare la tesi secondo cui la possibilità di conseguire il silenzio-assenso sarebbe legata, non solo al decorso del termine, ma anche alla ricorrenza di tutti gli elementi richiesti dalla legge per il rilascio del titolo abilitativo.

Dello stesso avviso Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746, Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2023, n. 8156 e Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2023, n. 10383.

In termini apparentemente e parzialmente diversi Cons. Stato, sez. VII, 27 dicembre 2023, n. 11203.

Alla luce dell'analisi delle norme e della giurisprudenza che di tali disposizioni ha fatto applicazione se ne deve concludere che:

- il silenzio assenso si forma anche quanto l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non sia conforme alle norme;

- va comunque distinta l'ipotesi della radicale 'inconfigurabilità' giuridica dell'istanza (Cons. Stato, sez. IV, 8 luglio 2022, n. 5746). La domanda, cioè, per potere innescare il meccanismo di formazione silenziosa dell'atto, deve essere quantomeno aderente al 'modello normativo astratto' prefigurato dal legislatore.

re. Non si tratta quindi di valutare se la domanda, in astratto sia assentibile in quanto in possesso di tutti i requisiti ma piuttosto se la domanda possiede quel *minimum* di elementi essenziali per il suo esame e non rappresenti erroneamente i fatti (Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2023, n. 10383);

- l'equilibrio tra esigenza di semplificazione e accelerazione da un lato e necessità di previa valutazione e controllo da parte dell'amministrazione dall'altro viene realizzato stabilendo che il potere (primario) di provvedere viene meno con il decorso del termine procedimentale, residuando successivamente la possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi 'silenziosamente'.

Per contro, l'ammissibilità di un provvedimento di diniego tardivo si porrebbe in contrasto con il principio di «*collaborazione e buona fede*» (e, quindi, di tutela del legittimo affidamento) cui sono informate le relazioni tra i cittadini e l'Amministrazione (ai sensi dell'art. 1, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990).

Questo si ritiene il miglior equilibrio possibile: da un lato l'inefficienza della pubblica amministrazione non va a detrimento del privato, dell'impresa e, in generale, dell'economia; dall'altro, l'amministrazione che deve inevitabilmente assumersi la responsabilità della sua inerzia, potrà, qualora ne sussistano i presupposti, agire in autotutela, esponendosi, se del caso, anche al rischio di azioni di risarcimento del danno per lesione dell'affidamento.

Invero, resta fermo che il silenzio-assenso non costituisce una modalità 'ordinaria' di svolgimento dell'azione amministrativa, bensì costituisce uno

specifico ‘rimedio’ messo a disposizione dei privati a fronte della inerzia dell’amministrazione, come confermato dall’art. 2, comma 9, della legge n. 241 del 1990, secondo cui la «mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente».

Nell’interessante volume *“Principi e regole dell’azione amministrativa”*, a cura di Maria Alessandra Sandulli, si evidenzia che i principi sottesi alla disciplina del silenzio della pubblica amministrazione sono quelli della doverosità dell’esercizio della funzione amministrativa, intesa nel senso del dovere di iniziare il procedimento e di concluderlo e, quindi, di esercitare il potere e consumarlo, in un preciso limite di tempo (declinazione del principio di legalità), da intendersi non come mero limite negativo all’esercizio del potere, ma come vincolo al perseguimento dello scopo per il quale il potere è attribuito, collegandosi alla c.d. legalità di risultato.

L’arresto dell’attività amministrativa, in qualunque momento o fase si verifichi, o a monte, il mancato avvio della stessa, contrastano con l’interesse pubblico cui il potere è funzionale, oltre a essere lesivi dell’interesse del privato che attende di essere valutato. L’obbligo di concludere il procedimento entro un termine certo e predeterminato esprime un principio generale dell’attività amministrativa derivante dai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità e dalle relative declinazioni nei criteri di economicità, efficacia e di trasparenza.

Questi sono i principi sottesi alla previsione del silenzio della pubblica amministrazione.

Come per qualunque decisione, anche la scelta del legislatore di introdurre il silenzio assenso come rimedio all'inerzia della pubblica amministrazione e, dunque, come rimedio alla violazione del principio della doverosità dell'esercizio della funzione amministrativa, non è priva di rischi che si possono così sintetizzare:

- l'instabilità del silenzio assenso;
- la scarsa garanzia della tutela del terzo eventualmente pregiudicato dall'esercizio dell'attività illegittimamente intrapresa;
- il sacrificio sull'altare della semplificazione della tutela degli interessi sensibili e, più in generale, dell'interesse pubblico (sempre che quest'ultimo non venga a identificarsi tout court con l'accelerazione dei procedimenti amministrativi);
- l'emarginazione crescente degli apparati amministrativi.

Sarà compito della magistratura amministrativa applicare le norme sul silenzio assenso (anche tra pubbliche amministrazioni) garantendo nel contempo la legalità, il buon andamento e l'efficienza, tenendo conto di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti nel caso concreto.

Saranno dunque i giudici amministrativi a dover intervenire in quelle situazioni patologiche in cui si assiste ad un "blocco" ingiustificato e illegittimo delle attività economiche, a causa di un uso non corretto (ovvero di un non uso) dei suddetti istituti di semplificazione, evitando letture delle norme che potrebb-

ro portare o ad una integrale “disapplicazione” delle stesse.

Ma è soprattutto la pubblica amministrazione che dovrà cercare di recuperare il suo “insostituibile” ruolo, poiché, come si domanda Giancarlo Montedoro nel suo libro *“Il giudice e l’economia”*, il processo non è un luogo sempre idoneo a svolgere la funzione di garanzia dei risultati e non può darsi una giustizia amministrativa senza garanzia di uno spazio proprio dell’amministrazione.

*Bibliografia essenziale*

- BOMBARDELLI M., *Il silenzio assenso tra amministrazioni ed il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 758 ss.
- BOSCOLO E., *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova 2001.
- CAMMELLI M., *Pubblica amministrazione: domande forti, risposte deboli*, in *Astrid Rassegna* - n. 5/2017.
- DE LEONARDIS F., *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 21 ottobre 2015.
- FERRARA R., *Lo stato di diritto fa vene all'economia. Alcune note in margine alla c.d. legge Madia in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org), 2-3.
- GIARDINO E., *L'individuazione, la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti*, in *Giornale di diritto Amministrativo*, 1/2017, 26 ss.
- MARZARO P., *Coordinamento tra Amministrazioni e silenzio-assenso*, in *Giustamm.*, anno XIV, n. 5 - 2016.
- MARI G., *Commenti la rilevanza della disciplina del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche nei procedimenti relativi ai titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia. Considerazioni a margine di una recente circolare del Mibact*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 3, 2016, 61 ss.
- MONTEDORO G., *Il giudice e l'economia*, Roma 2015, p. 107.

- SANDULLI M.A., *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.Federalismi.it*, editoriale - 16 settembre 2015.
- SANDULLI M.A., *Denuncia di inizio attività*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2004, 121
- SCIULLO G., *Gli interessi sensibili nel parere n. 1640/2016 del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it.*, 9/2016
- SCIULLO G., *Interessi differenziati e procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 5 - 2016.
- SCOTTI E., *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, 2016, 566 ss.
- TORCHIA L., *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli 2016.
- TRAVI A., *La DIA e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 1332.

## PRINCIPI E REGOLE NELLA TENDENZA LEGISLATIVA ATTUALE

*Marcella Gola\**

Il tema dei ‘principi’ e ‘regole’ nel diritto amministrativo abbraccia un argomento vastissimo e molto complesso, ricco di implicazioni che vanno oltre l’approccio meramente giuridico. L’occasione per un approfondimento è offerta dalla lettura di un’importante opera collettanea, dedicata proprio a questo tema, curata da M.A. Sandulli, *Principi e regole dell’azione amministrativa*, edita a Milano, 2023, dedicata all’approfondimento della complessità delle fonti, delle tendenze del sistema e del ruolo dei principi nel diritto amministrativo.

Per affrontare il tema proposto occorre combinare due diverse accezioni del diritto vivente, secondo modalità che nel momento attuale possono mostrarsi addirittura antitetiche se lette nella diversa accezione di flessibilità e rigidità che possono rispettivamente esprimere.

In questa ampia prospettiva i due termini si assommano e riflettono nella realtà l’atteggiamento complessivo della società e delle organizzazioni pubbliche nei confronti delle norme, diviso tra certezza-stabilità

\* Professoressa ordinaria di diritto amministrativo, Università Alma Mater Studiorum di Bologna.

e adeguatezza-adattabilità al caso concreto del potere che le stesse fondano.

A testimonianza di questa tendenza, l'osservazione della legislazione più recente impone di chiedersi perché i principi siano sempre più importanti, tanto da condizionare direttamente la stessa attuazione e applicazione delle regole di cui, in genere, anticipano l'enunciazione.

Il riferimento evidente, più esteso e aggiornato, è alla tecnica legislativa adottata dal codice dei contratti pubblici, i cui tre principi iniziali – risultato, fiducia e accesso al mercato –, sono innanzitutto disposti non solo in termini generali, come più usualmente accade nell'affermazione dei principi che aprono le leggi, come a titolo esemplificativo accade nell'art. 1 della l. n. 241 del 1990, ma sono sviluppati e specificati nelle norme che li sanciscono.

Quei primi tre principi in materia di attività contrattuale della P.a., ai quali ne seguono altri nelle norme successive, permeano l'intera disciplina cui afferiscono, diventando nel loro insieme “criterio interpretativo e applicativo” per tutte le disposizioni del codice, come espressamente disposto dallo stesso legislatore all'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2023, che in tal modo li pone in posizione rinforzata rispetto a quelli ulteriori affermati nei commi successivi. Anche tra i principi, quindi, nella legislazione può esistere se non una gerarchia quanto meno una preferenza, trasformandoli da enunciazioni astratte e programmatiche in veri e propri elementi caratterizzanti di un sistema, con specificazione aggiuntiva rispetto alla generale priorità da accordare al principio di legalità -legittimi-

tà, fonte essenziale del potere il cui esercizio si intende delineare ai sensi di principi ‘altri’, delineati a partire dall’enunciazione, tutt’altro che esaustiva, contenuta nell’art. 97 cost.

Altra riflessione interessante suffragata con evidenza dal modello legislativo richiamato è che la legge non si limita a creare o riconoscere un principio: con la stabilizzazione del principio la stessa legge si autolimita, predeterminando una chiave di lettura per la sua attuazione e applicazione futura.

In questa accezione il principio affermato dal Legislatore assume la sua ulteriore prospettiva, quella di funzione di garanzia rispetto alla posizione del privato, progressivamente rafforzata nell’evoluzione della disciplina relativa al suo rapporto con la P.a. Come è stato anche recentemente evidenziato dalle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione, confermando e continuando il proprio ragionamento avviato dalle Sezioni unite nel 1999, il destinatario – qualificato come «non più passivo» – dell’azione amministrativa «diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500/99/SU identifica nelle “regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l’esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità”».

In questo senso, la flessibilità correlata all’assenza di regole dettagliate, determinata dalla scelta di lasciare spazio all’interprete per meglio adeguarsi al caso concreto, trova un indirizzo anch’esso vincolante, una finalità politica ulteriore da realizzare, alla quale l’operatore giuridico si deve attenere.

Il principio contribuisce a conformare l'azione e, ancor prima, l'organizzazione amministrativa, imponendo il dovere di attribuire alle singole disposizioni legislative il significato più aderente alla norma attributiva del potere.

I principi, del resto, sono strettamente legati ai fini e anche perciò sono sempre più spesso espressi nella legge; mentre i *criteri*, ad esempio, come conferma la differenziazione tra gli uni e gli altri sancita dalla l. n. 241 del 1990, sempre all'art. 1 cit., indicano il modo attraverso il quale conseguirli, e trovano più utile collocazione nei regolamenti, espressione di autorganizzazione, come parametro di valutazione del rispetto e del perseguimento del fine.

Lo stesso Giudice delle leggi, occupandosi di principi e regole – nella specie presenti nella Costituzione – e della loro interpretazione nella pronuncia n. 1 del 2023, ha affermato che queste «contribuiscono a conformare la legislazione, mediante il dovere del giudice di attribuire a ogni singola disposizione normativa il significato più aderente alle norme costituzionali ...», e contestualmente avverte che «un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative, sia costituzionali che ordinarie, rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela», sostenendo l'impostazione in termini di 'sistema' ora ben evidente nel disposto del citato codice dei contratti pubblici del 2023.

I principi, quindi, concorrono a costruire e delimitare il potere attribuito all'amministrazione; si tratta di disposizioni aventi un livello di astrattezza che, a seconda dei casi, può essere più meno marcato rispet-

to a quello delle regole che la loro presenza integra e chiarisce.

Al tempo stesso, il medesimo principio in sé può essere riferito a una pluralità di contesti, come elemento unificante – e perciò estensibile a situazioni assimilabili – di un sistema che deve essere unitario, oltre la specificità più o meno ampia, a seconda dei contesti legislativi, delle regole di settore.

I principi enunciati dalle singole legislazioni si possono infatti considerare declinazioni di quelli fondanti espressi dalle norme costituzionali e del TFUE.

In dottrina il tema è estesamente dibattuto, e negli studi sull'Amministrazione pubblica emerge con chiarezza questo tratto caratterizzante l'evoluzione del settore, che lega l'amministrazione contemporanea appunto alla definizione progressiva dei principi.

Questi ultimi, se considerati come opportune integrazioni del quadro vigente, stanno diventando veramente tanti, talvolta anche troppi e sovrapposti, con effetto amplificativo che va anche oltre la già problematica stratificazione delle norme che li enunciano. Il rischio, in questi casi, è quello di dar luogo a contrapposizioni interne di sistema, rapportabili in definitiva al costante confronto tra garanzia ed efficienza non sempre di facile e univoca soluzione.

Il Legislatore, dall'avvio della fase di riforme negli anni '90, tuttora in corso – così da far pensare che sia più opportuno parlare di ciclo continuo –, ha ben presente il problema e da tempo si propone di dare sistematicità a una materia estremamente complessa, anche attraverso un tentativo – poi abbandonato – di redigere un 'Codice della buona amministrazione'.

L'obiettivo prefigurato è quello di riordinare e dare coerenza alle numerose discipline stratificate nel tempo, portando in evidenza la necessità di assicurare alla Pubblica amministrazione un processo di semplificazione che deve partire necessariamente dal quadro normativo di riferimento, realizzando quell'idea di *sistema*, già ricordata, che ne può garantire la funzionalità.

Questa esperienza, affidata a un comitato tecnico di esperti, si svolse nel 2011 <sup>1</sup>, intendeva continuare e completare il progetto di riordino concentrato nel precedente decennio. Il periodo richiamato, inizio del secolo corrente, è stato caratterizzato dalla raccolta di norme in codici e testi unici che hanno opportunamente interessato vari ambiti, più o meno estesi, del Diritto amministrativo, tecnica da ritenere molto opportuna salvo manifestare la propria inadeguatezza proprio nell'intento di generalizzazione delle norme sull'azione.

Queste ultime, proprio in ragione dell'ampiezza e della diversità delle P.a. e delle loro funzioni, devono mantenere la propria adattabilità ai vari contesti in cui l'Amministrazione agisce, ad eccezione, appunto, dell'osservanza di alcuni *principi* comuni che declinano quelli costituzionali, cui in precedenza si è già fatto riferimento, di legalità, imparzialità, buon andamento ed equilibrio e sostenibilità della finanza pubblica.

In altri termini, l'idea di introdurre un *corpus iuris* unitario sull'azione non corrisponde alla realtà dell'Amministrazione che è viceversa caratterizzata dalla sua differenziazione interna, dalla pluralità delle realtà delle quali la pubblica amministrazione si com-

pone in ragione della specifica funzione da assolvere o servizio da erogare, dalla pluralità e dalla diversità degli interessi pubblici che la P.a. è chiamata a curare, dalla pluralità delle fonti espressione di autonomia riconosciuta dall'ordinamento proprio in ragione della necessità di assolvere al meglio i propri compiti.

Sono così affermati i soli principi validi a *unificare* l'esercizio di potestà pubbliche affatto disomogenee; questi nel tempo sono via via arricchiti da una pluralità di declinazioni – quantitativamente indeterminata, dato che i principi non sono infatti rapportabili a un numero chiuso – che spesso tendono a superare il settore specifico cui la legislazione che li pone si rivolge, come si è sopra anticipato per diventare generali proprio in ragione della loro comune matrice, legittimandoli, in diretta attuazione costituzionale.

Un riscontro analogo quanto alla metodologia – e in buona misura anche ai contenuti – si può trovare nel Codice europeo di buona condotta amministrativa, approvato in prima versione dal Parlamento europeo nel 2001, con lo scopo di promuovere una cultura amministrativa europea armonizzata indicando le migliori prassi da seguire i funzionari addetti al servizio pubblico, garantendo ai cittadini l'attuazione del diritto (non principio) a una buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: anche quel testo consiste nell'enunciazione di *principi*, individuando nella figura del Mediatore europeo l'istituzione cui i cittadini possono rivolgersi per denunciarne l'inosservanza.

Il tema qui trattato, a parere di chi scrive, non potrebbe essere utilmente affrontato attraverso una

ricognizione dei principi contenuti nella legislazione vigente, verificandone l'estensione ed elaborando una sorta di casistica ragionata di quelli più interessanti, più innovativi. Tale operazione avrebbe in generale valore prevalentemente descrittivo, idoneo a offrire una misura dell'estensione della tecnica esaminata.

A questo proposito occorre inoltre ricordare che la l. n. 241 del 1990, all'art. 1, annovera tra i principi generali dell'attività amministrativa quelli dell'ordinamento comunitario, genericamente e complessivamente richiamati, disponendo quindi un'apertura indeterminata a futuri nuovi inserimenti, sulla base della mera provenienza ordinamentale. La chiusura è quindi esclusa dalla stessa metodologia adottata dal Legislatore nazionale.

L'approccio 'quantitativo' non si adatta quindi alla caratteristica dei principi nel diritto amministrativo che, come detto, non sono, in quanto tali, riducibili a un 'numero chiuso' ma nella realtà si dimostrano in continua evoluzione: ciò è particolarmente evidente consultando gli studi civilistici, dove è maggiormente presente l'affermazione del 'principio' come parametro di riferimento nel giudicare la legittimità di una certa azione, in un certo contesto, nel rispetto dei limiti posti alla libertà che caratterizza l'autonomia negoziale.

Nell'ambito civilistico questa metodologia si spiega appunto perché i giudici hanno prevalentemente creato – insieme alla dottrina e in aggiunta a quelli sanciti dal Legislatore – un numero molto elevato di principi: in un interessante studio di Guido Alpa sul tema, pur non recentissimo, sono stimati 200 principi

elaborati dalla giurisprudenza applicabili solo ai temi dei contratti, senza considerare l'ambito del diritto familiare.

Il diritto privato, si sottolinea, è però il diritto della libertà, dell'autonomia negoziale: si tratta conseguentemente di un settore giuridico nel quale sono le limitazioni a dovere essere motivate sulla base della loro corrispondenza a valori condivisi. Differentemente, secondo le tradizionali e sempre valide classificazioni, nel diritto amministrativo la preconditione è quella dell'esistenza di un principio, qui inteso come punto di partenza, che trova sede nella legge – introduttiva di norme imperative – che fonda il potere. Anche per l'esistenza di questo necessario presupposto, nel sistema del diritto civile si riscontrano prevalentemente principi che presentano un carattere generale, mentre la loro caratteristica nel diritto amministrativo – espressione esso stesso del principio di legalità, fonte della stessa esistenza del potere – è in realtà quella della specializzazione, per singola materia e tipologia procedimentale: ogni legge di settore contiene l'enunciazione di principi da osservare per la propria concretizzazione.

I principi sono infatti differenziati ed elaborati in relazione al potere cui afferisce la loro affermazione, con lo scopo di contribuire a delinearne il corretto esercizio ai sensi delle norme attributive, offrendo all'interprete la chiave di lettura per la fattispecie, da evidenziare nella motivazione degli atti ad essa afferenti, non richiesta al Legislatore.

Al tempo stesso, in ambito amministrativo risulta concettualmente più difficile accettare la necessità di

completare un *corpus iuris* che, più che esigere un'integrazione, ha piuttosto il difetto di essere sovrabbondante e perciò richiede di essere snellito.

I principi, del resto, non sono creati dalla sola legislazione, anzi: come si specificherà di seguito, un ruolo fondamentale è riconosciuto alla giurisprudenza e, sia pure oggi in parte minore, alla dottrina.

Vero è che quello che noi possiamo avvertire, senza entrare nel dettaglio pure interessantissimo del rapporto tra regola-norma-principio, è un tendenziale indebolimento della legge come riferimento per la Pubblica amministrazione.

Il tema non è certo nuovo, però è sempre utile evidenziare che le Pubbliche amministrazioni sono caratterizzate dalla loro pluralità, differenziazione, frammentarietà, ecc., che troviamo naturalmente anche nelle fonti di cui queste sono espressione: la pluralità di riferimenti multilivello e la necessità di distinguere tra fonti in termini sia di gerarchia sia di competenza si riflette sui principi che queste stabiliscono, a seconda che siano di origine costituzionale, interna, settoriali o altro.

Tra le ragioni che sottostanno all'aumento del ricorso a principi per legittimare l'esercizio del potere amministrativo si può quindi in generale richiamare anche la crisi della legge, fattore sul quale si tornerà brevemente in seguito, da considerare nella valutazione dell'azione amministrativa sia in occasione di conflittualità e contenzioso, sia anche (non dimentichiamocelo) nelle ricorrenti e ripetute circostanze in cui oggi l'Amministrazione è chiamata a dar conto di sé stessa, al proprio interno, quindi anche in occasione di controlli interni.

Quello proposto è solo uno spunto che si ritiene utile ad evidenziare la reale portata del fenomeno oggetto di queste note. Si pensi alla trasparenza, esempio molto chiaro di come un principio sia stato affermato – in quel caso a livello internazionale – per poi diventare non un mero criterio di valutazione ma un *obiettivo* da raggiungere nell’ambito del ciclo delle *performance*, tanto da diventare occasione per la creazione di un’organizzazione vera e propria, che comprende l’istituzione un’Autorità indipendente nazionale e responsabilità diffuse negli apparati amministrativi.

L’espressione ‘principio’ applicata al diritto amministrativo oggi si offre dunque a una pluralità di significati, apre tanti scenari diversi, dà vita sempre più frequentemente a possibili conflitti interni, come per esempio nel caso di scelta tra economicità ed efficienza.

Occorre quindi considerare i principi in termini relazionali, oltre che relativi alla fattispecie disciplinata, in base a confronti che – altro punto interessante – saranno inoltre concretizzati in valutazioni che non potranno essere solo in termini di ‘diritto’ ma dovranno per forza richiedere l’applicazione di conoscenze diverse, di saperi altri, distinti e ulteriori rispetto alle scienze giuridiche.

Merita di essere evidenziato come la tendenza della dottrina giuridica sia ormai unitariamente orientata verso il superamento della prevalente analisi del ‘combinato disposto’: l’idea che il giurista debba avere sempre questa sorta di approccio formale deve essere ripensata. Senza essere abbandonata *tout court*, la vecchia tecnica legale basata sulla ricerca del ‘cavillo’

nel dato testuale, da costruire attraverso l'integrazione a volte forzata di disposizioni autonome, sicuramente non corrisponde più all'ordinamento giuridico com'è oggi configurato, e in particolare né alle esigenze dell'organizzazione pubblica, né a quelle della collettività che nelle norme si deve riconoscere, più attenta a valorizzare le caratteristiche della fattispecie e alla logica del risultato.

In considerazione del fatto che la legge diventa sempre più complessa da ricostruire non deve sorprendere che attualmente si assista anche a ricerche di fonti di diversa tipologia, come avviene ad esempio nel caso della *soft law*, o dalla ipotizzata diffusione della *nudge regulation*, formule che si fondano in misura più o meno accentuata sulla condivisione e collaborazione da parte dei destinatari, pensate in particolare per l'intervento pubblico nell'economia.

In questa prospettiva è più agevole comprendere il progressivo e crescente sviluppo dei principi, anche nel diritto amministrativo: i principi, nel temperamento di interessi, offrono la soluzione più consona al diritto secondo la cultura e la sensibilità dell'interprete, consentendo quell'attualizzazione che la norma generale e astratta, svincolata dal contesto cui deve essere applicata, non consentirebbe con analoga efficacia, fornendo al contempo sia un indirizzo, sia un confine valido ad arginarne un'eccessiva e illegittima 'personalizzazione'.

La Legislazione, come già ricordato, non ha un ruolo esclusivo per la formazione dei principi, constatazione che trova riscontro già con l'affermazione della rilevanza dei principi nella costruzione del diritto.

to amministrativo da parte dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 1961.

In quella occasione si è infatti evidenziato che il diritto amministrativo si compone anche, per l'appunto, di principi elaborati da giurisprudenza e dottrina.

Come affermato nella citata sentenza del 1961, si vuole qui evidenziare incidentalmente che non è solo il Legislatore a creare il diritto e non sono nemmeno solo i giudici, deve essere valorizzato anche il ruolo spettante alla dottrina. In proposito merita di essere adeguatamente valutato il recupero di uno strumento di dialogo fondamentale tra dottrina e magistratura, rappresentato dalle 'note a sentenza', tipologia di contributo scientifico che è sottostimato nell'ambito della valutazione della ricerca, e di conseguenza ormai poco diffuso, specie se legato contingentemente a vicende concorsuali degli studiosi che ne sono autori.

Con il richiamo di quella originaria pronuncia dell'Adunanza plenaria, n. 3 del 1961, da ritenere base per la costruzione dell'approccio corretto al tema, si sottolinea l'importanza del riconoscimento espresso, a un livello così autorevole de "la non completezza dell'ordinamento giuridico formato in senso tradizionale dalle leggi".

Il quadro giuridico attuale ci rivela da un lato la tendenza ad abbandonare il testo legislativo sistematico ma di eccessivo dettaglio e dall'altro invece il favore per la codificazione ed estensione di principi, scelta metodologica più diffusa come già ricordato in ambito civilistico.

I principi sono quindi considerati strumenti giuridici che nascono proprio per compensare la difficoltà,

con conseguente inefficienza, della ricerca di norme in grado di predeterminare sempre il cammino da seguire in ogni singola situazione.

Questa evoluzione si evidenzia con chiarezza nell'importante Relazione illustrativa che accompagna lo schema del definitivo del Codice dei contratti pubblici – elaborata dalla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato – dove emerge proprio lo sviluppo del modello adottato per ‘tracciare la strada’ per l'amministrazione pubblica contraente, partendo dal codice che si abbandona nel 2016 – che privilegiava invece il metodo della *soft law* – per arrivare invece a quello attuale che di principi ne contiene tanti – a volte anche troppi –, e anzi è su questi che fondamentalmente si basa o, si potrebbe dire, si ispira.

Principi che trovano a loro volta una precisa definizione quanto al ruolo da riconoscere loro: nella citata Relazione illustrativa si afferma in particolare che “i principi generali di un settore esprimono .... valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una ‘memoria del tutto’ che le singole e specifiche disposizioni non possono avere, pur essendo ad esso riconducibili. I principi sono, inoltre, caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica (‘nomogenetica’) rispetto alle singole norme”.

Tale caratteristica evidenzia il valore aggiuntivo che loro enunciazione apporta alla disciplina cui af-

feriscono, introducendo una sorta di graduazione tra i contenuti della legge: il problema però è che ciò che resta aperto è l'interpretazione degli stessi.

Ancora, si deve anche evidenziare come ai principi sia riconosciuta una “funzione di completezza dell'ordinamento giuridico”, oltre che “di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni”.

Si ripropone quindi quella funzione creativa già evidenziata dall'Adunanza plenaria del 1961, assegnando ai principi anche un ruolo di nuove ‘norme di chiusura’ del sistema, inizio e fine del circuito decisionale, a tutela degli interessi pubblici anche non espressamente oggetto di ponderazione per disposto legislativo nella singola fattispecie.

Non è semplice, tuttavia, definire il compito dell'Amministrazione, a fronte di principi che – come si poteva ritenere originariamente – sono rivolti a garantire il perseguimento dell'interesse pubblico e, insieme, a tutelare il privato nei confronti delle interpretazioni che l'amministrazione deve dare, rendendole riferibili a un insieme di cui si vuole tutelare l'unitarietà, secondo un disegno non posto in discussione dalle specialità del settore.

Ad esempio, sempre con riferimento al codice dei contratti pubblici – settore in cui buona parte delle norme è di derivazione eurounitaria – il rapporto regolato non è strettamente quello tra Amministrazione e cittadini – anche nella lettura indiretta e strumentale offerta dalla contabilità pubblica – ma tra Amministrazione e mercato. È, in altri termini, l'inserimento dell'Amministrazione nel mercato che introduce una

nuova accezione di certezza e stabilità, da combinare all'esigenza di flessibilità che giustifica lo spazio lasciato all'interpretazione.

Data l'origine e il contesto cui questi sono orientati, i principi enunciati dal Codice dei contratti pubblici rappresentano un esempio di quanto sopra affermato in termini generali, cioè del fatto che essi non possano essere interpretati alla sola luce delle conoscenze e dei saperi giuridici. I principi in questione chiedono necessariamente l'integrazione di competenze in materie economiche, in materie ingegneristiche o altro, anche a seconda dell'oggetto specifico della contrattazione che si deve avviare, dimostrando quella necessità di integrazione dei saperi cui si è già fatto cenno. E questo amplia ancora di più gli scenari, rende ancora di più complessa e complicata l'attività della Pubblica amministrazione.

Al contempo, nel momento in cui proprio è proprio lo stesso Legislatore che dequota l'osservanza formale della legge – il riferimento è all'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990 –, il Codice dei contratti pubblici compie un passo ulteriore, sminuendo ulteriormente il rispetto del dato formale quando, disciplinando la responsabilità dei dipendenti pubblici fa salvo l'operato dell'amministratore che abbia seguito prevalenti orientamenti giurisprudenziali. Si tratta, si ritiene, di un corollario del principio di fiducia che permea il codice, qui letto nel rapporto interno alla P.a. con i suoi agenti, con l'effetto pratico di ridurre l'effetto della c.d. 'paura della firma' che rallenta l'azione amministrativa.

L'inciso riportato rivoluziona le premesse sul valore della giurisprudenza, e sul suo valore crea-

tivo, perché nel contesto richiamato – trasversale e di grande rilevanza – la giurisprudenza è chiamata a completare l'ordinamento giuridico: il riferimento a “decisioni giurisprudenziali” integra a pieno titolo il quadro giuridico di riferimento per gli amministratori pubblici.

In proposito è interessante richiamare una recente pronuncia, affermata in ambito penalistico in seguito all'introduzione dell'art. 618, comma 1-*bis* cod. proc. pen. – norma finalizzata a garantire la certezza del diritto indebolita da contrasti giurisprudenziali, non estesa ai giudici di merito ma operante solo a livello di Corti di Cassazione – rinvenendo in essa “le basi per la creazione di un sistema del ‘precedente’, seppure inteso in senso relativo”, cui deve tuttavia conseguire il riconoscimento di “maggiore rilievo al tema del c.d. mutamento giurisprudenziale”: così Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2024, n. 28594, in nome del principio della prevedibilità della decisione ivi richiamato, mirante a soddisfare il sistema di garanzia *ex art. 7* della CEDU.

In questa più ampia prospettiva, accanto all'evidente ruolo conquistato dalla giurisprudenza nella costruzione del diritto applicabile anche oltre alla fattispecie decisa, un altro aspetto che merita un accenno è che l'eccessivo uso di principi di elaborazione giurisprudenziale, soprattutto se ricondotto al tentativo di enumerarlo e codificarlo, potrebbe contribuire a dare vita alla progressiva sostituzione dell'intelligenza artificiale a quella umana del giurista, superata dall'applicazione di modelli standardizzati, basati su formulari e banche dati. In questo caso sarebbe infatti il sistema

informatico a elaborare il modello giuridico da applicare al caso di specie, con la conseguente perdita del ruolo di interprete, anche intellettualmente creativo, proprio del giurista, laddove se ne intende al contrario valorizzare il contributo all'affermazione di principi a sostegno della buona amministrazione e della più corretta applicazione in sede giurisdizionale.

Un'ultima considerazione concerne un aspetto molto interessante: una delle possibili interpretazioni di 'principio' secondo il linguaggio comune è quella anche di individuare nel principio un inizio, un presupposto, una causa, una correlazione al fine: nel diritto amministrativo i due momenti, iniziale e conclusivo, richiedono armonia costante e considerazione unitaria in nome della funzionalizzazione dell'agire pubblico.

In questo senso appunto è interessante valutare se e quando l'osservanza di alcuni principi – quelli fissati e denominati come tali dal legislatore – consenta, strutturalmente, di affermare la presenza della *causa* del provvedimento amministrativo. E, in caso affermativo, se l'inosservanza di principi che vogliono per l'appunto esprimere quella soddisfazione dell'interesse pubblico compiuto (e proprio della pubblica amministrazione) possa riflettersi sulla validità dell'atto, leso nella sua causa.

Il principio da astratto generale diventa in tal modo il punto più concreto dell'azione amministrativa; e quindi c'è da chiedersi se, nel caso in cui il vizio fosse in quella parte dell'azione amministrativa, si potrebbe dire che sussiste un vizio di causa del provvedimento amministrativo, fino a incidere sulla sua stessa esistenza.

Quello appena proposto è un tema è interessante, ovviamente, la cui accettazione diffusa porterebbe conseguenze dirompenti, con aumento esponenziale delle dichiarazioni di nullità dei provvedimenti viziati.

Vale però la pena di riflettere su questa lettura, proprio perché i principi cui l'azione – e l'organizzazione – amministrativa si deve rapportare non appartengono a una categoria unitaria.

Con la valorizzazione dei principi, come pare orientata la più recente legislazione, si tratta di riflettere se nel caso in cui ne manchi il rispetto, e che quelli inosservati siano da ritenere nella fattispecie fondanti l'azione amministrativa, si possa conseguentemente affermare che manchi la causa del potere esercitato, specie quando all'origine dello stesso non sia riconoscibile quel valore etico cui l'ordinamento giuridico si ispira.



## CONCLUSIONI

*Maria Alessandra Sandulli\**

Grazie. Grazie davvero: sono commossa. Grazie a tutti. Innanzitutto, agli organizzatori di questo incontro: Nicola Posteraro e Paolo Provenzano, che (soprattutto il primo) ho avuto la gioia di seguire nel loro percorso e che vedo ora con soddisfazione nel ruolo di professori invitanti in questo che è stato per molti anni anche il mio Ateneo. Grazie naturalmente a Guido Greco per la bella introduzione. Grazie al Presidente Canzio per la sua autentica *lectio magistralis*. E un grazie sincero ai cari colleghi e agli amici magistrati che hanno letto e discusso il volume, anche per i ricchi spunti di riflessione che mi hanno dato.

Vorrei dire solo due parole agli studenti.

Qual è stato il metodo seguito? Il metodo seguito è quello che mi permetto di indicare a voi. Perché – come dico sempre ai miei studenti – voi siete quelli che farete la società: fate già la società di oggi e farete la società di domani. È una responsabilità non da poco e dovete esserne coscienti. Avete scelto di essere giuristi e dovete, quindi, sin dallo studio, contribuire al migliore sviluppo del sistema, nel rispetto dei valori della nostra Carta fondamentale, ivi compresi quelli del rispetto delle norme dell'Unione europea e

\* Professoressa ordinaria di diritto amministrativo, Università degli Studi “Roma Tre”; Giudice della Corte costituzionale.

delle Convenzioni e degli Accordi internazionali. Le parole pronunciate poco fa dalla Consigliera Riso sono conferma del ruolo che anche la dottrina svolge, perché il percorso che ha fatto poi la giurisprudenza, che aveva inizialmente rifiutato le norme sul silenzio assenso, giungendo pian piano ad accettarle, anche se con qualche puntualizzazione, è un percorso dovuto anche alle nostre riflessioni e alla nostra capacità di trasmetterle in modo convincente.

Allora, qual è il metodo per comprendere, attuare in modo corretto e, se possibile, migliorare il sistema? Innanzitutto, l'inquadramento. Quando avete davanti una norma, un istituto, una sentenza, un atto amministrativo, cercate di inquadrarli. È quella "costruzione" di cui parlava il Presidente Canzio: costruzione che io non sono affatto in grado di fare così tanto bene come ha detto il Presidente, ma che mi sforzo sempre di fare, nel labirinto di questo sistema. E, poi, attenzione, altra necessità/esigenza: analisi critica nel raffronto tra le norme e i principi, e tra le norme e la giurisprudenza. Perché non di rado la giurisprudenza crea incertezza, destabilizzazione, disorientamento, come diceva lo stesso Presidente Canzio; l'evoluzione della giurisprudenza è sicuramente positiva, ma non si deve tradurre in una disapplicazione delle regole e tanto meno in un contrasto con esse, nemmeno invocando i principi, che, soltanto, possono – e devono – guidare nella loro "interpretazione", che deve però essere sempre fedele alla lettera e alla *ratio* delle disposizioni e non certo stravolgerle. Considerate, inoltre, che quel legislatore che abdica alla sua funzione e la lascia svolgere al giudice, in realtà, talvolta

è lo stesso giudice; perché sono i giudici che siedono negli uffici legislativi, sono i giudici che redigono gli schemi dei codici, e quindi sono i “giudici legislatori” che finiscono per lasciare indebitamente alla giurisprudenza uno spazio e un ruolo che non rispondono al nostro modello costituzionale, che ha voluto invece affidare il potere legislativo ai rappresentanti dei cittadini e dare ai giudici il compito di garantire il rispetto di quanto deciso e stabilito dagli organi – politici – che ne sono titolari e che devono rispondere al popolo delle loro scelte. Per di più, la giurisprudenza, che non ha un unico organo di nomofilachia, può essere e deve essere – proprio perché il giudice è soggetto soltanto alla legge – anche una giurisprudenza disomogenea. Ed ecco la difficoltà dell’equilibrio tra ammettere e apprezzare la giurisprudenza evolutiva ed evitare l’incertezza che può derivarne. Queste problematiche le dovete conoscere, perché in un domani neppure tanto lontano, quando sarete voi a operare nei vari settori, dovete decidere con consapevolezza in che modo agire.

Quindi, attenzione. Ricordate che le norme devono essere prevedibili e anche gli arresti giurisprudenziali devono essere prevedibili, perché altrimenti le responsabilità dei funzionari pubblici non possono essere definite, gli stessi avvocati non sanno come indirizzare i clienti e non possono neppure più dissuaderli da intentare azioni giudiziarie che allo stato della normativa e della giurisprudenza appaiono inammissibili o infondate (perché magari un altro le propone e le vince), e questo alimenta il contenzioso e aggrava il peso della giustizia.

I relatori hanno parlato anche dell'ipotesi di istituire un Tribunale dei conflitti a composizione mista: io sono favorevolissima, se si pensa a un organo giurisdizionale di vertice a composizione mista che possa operare come unico giudice di nomofilachia sui diritti (e, come dice il presidente Maruotti, sugli interessi) "fondamentali". Sono invece nettamente contraria alla prospettiva (pur ipotizzata) di affidare a Collegi a composizione mista anche il sindacato che la Costituzione riserva alle Sezioni Unite della Corte di cassazione sulle sentenze di ultimo grado del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. Ma a un tribunale dei conflitti che possa operare come unico organo di nomofilachia sui diritti fondamentali sono assolutamente favorevole, perché i diritti fondamentali non si tutelano spostandosi da una giurisdizione all'altra. Credo che però su questo tema ci sia stato un ultimo importante passo avanti con un'intesa tra i vertici delle tre magistrature (almeno, così ci hanno detto in un recente convegno svoltosi a Torino i presidenti Cassano, Maruotti e Carlino).

Grazie ancora a tutti e buon lavoro.



FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI APRILE 2025  
DALLE ARTI GRAFICHE LICENZIATO - NAPOLI



**Italiadomani**  
PIANO NAZIONALE  
DI RIPRESA E RESILIENZA



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI MILANO

PRIN PNRR 2022 "T.R.A.N.S."  
[progettotrans.unimi.it](http://progettotrans.unimi.it)

FINANZIATO DALL'UNIONE EUROPEA - NEXT GENERATION EU  
MISURA M4C2 - INVESTIMENTO 1.1 - PRIN 2022 CUP G53D23007860001

**Nicola Posteraro** è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano, dove insegna Diritto amministrativo, Diritto urbanistico e Giustizia amministrativa. È autore/curatore di varie pubblicazioni scientifiche, tra cui due monografie pubblicate per i nostri tipi (*Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, 2018 e *Contributo allo studio della difesa civica quale strumento di risoluzione alternativa delle controversie*, 2023). È abilitato allo svolgimento delle funzioni di professore ordinario di Diritto amministrativo e dirige la nostra collana "I report del CeSDirSan".

**Paolo Provenzano** è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano, dove insegna, tra l'altro, Diritto amministrativo e Legislazione dei beni culturali. È autore e curatore di molteplici pubblicazioni scientifiche in diritto amministrativo (sostanziale e processuale). È membro del comitato di redazione di diverse riviste scientifiche di diritto amministrativo.

ISBN 979-12-235-0248-8



9 791223 502488

euro 9,00