

approfondimenti  
di diritto  
amministrativo

a cura di  
alfredo contieri

editoriale scientifica

APPROFONDIMENTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

a cura di  
Alfredo Contieri

APPROFONDIMENTI DI  
DIRITTO AMMINISTRATIVO

Alfredo Contieri

manuali per l'università

# **APPROFONDIMENTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO**

a cura di  
Alfredo Contieri

EDITORIALE SCIENTIFICA

Napoli

Questa pubblicazione è stata realizzata con il contributo dell'Università degli Studi di Napoli Federico II. Dipartimento di Giurisprudenza.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2021 Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via S. Biagio dei Librai, 39  
Palazzo Marigliano  
80138 Napoli

Tutti i diritti (traduzione, adattamento) sono riservati per tutti i Paesi.  
La riproduzione, anche parziale, e con qualsiasi mezzo  
(compresi microfilms e fotostatiche) è vietata.

ISBN 979-12-5976-058-6

## INDICE

<i>Premessa</i> di Alfredo Contieri	IX
<i>Notizie sugli Autori</i>	XII

### PARTE I ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E PROCEDIMENTO

Considerazioni in forma di lezione sull'attività amministrativa consensuale nell'ordinamento italiano <i>Alfredo Contieri</i>	3
Il riesame del provvedimento amministrativo: annullamento e revoca dopo la legge n. 124/2015 (Cosiddetta Legge Madia) <i>Alfredo Contieri</i>	25
Verso la doverosità dell'annullamento d'ufficio su domanda di un privato? Una rilettura dell'istituto alla luce dell'art. 30, comma 3, secondo inciso, c.p.a. <i>Maria Immordino</i>	41
La segnalazione certificata di inizio attività <i>Fiorenzo Liguori</i>	77
Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17- <i>bis</i> della legge n. 241/90: la resistibile ascesa della semplificazione meramente temporale <i>Alfredo Contieri</i>	109
Procedimento amministrativo e livelli essenziali delle prestazioni nella giurisprudenza costituzionale <i>Silvia Tuccillo</i>	125

La motivazione del provvedimento amministrativo <i>Giovanni Cocozza</i>	141
La conferenza di servizi <i>Giovanni Cocozza</i>	173
Espropriazione per pubblica utilità: percorsi interpretativi <i>Vinicio Brigante</i>	197

## PARTE II BENI E SERVIZI PUBBLICI

Il servizio idrico integrato <i>Bruno Mercurio</i>	225
La tutela multilivello del diritto alla salute: appunti per una nuova <i>governance</i> sanitaria globale <i>Mariaconcetta D'Arienzo</i>	261
Diritto amministrativo e principio di concorrenza <i>Vinicio Brigante</i>	281
Il "caso" delle concessioni demaniali balneari <i>Giuliana di Fiore</i>	299

## PARTE III ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

Le Autorità amministrative indipendenti <i>Francesco Zammartino</i>	323
Deficit di rappresentatività delle autorità indipendenti e legalità procedurale <i>Alfredo Contieri</i>	357
<i>Golden power</i> : per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia <i>Renata Spagnuolo Vigorita</i>	367
L'IVASS e la tutela del mercato delle assicurazioni <i>Bianca Nicla Romano</i>	381

Organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, Società in house e partecipate: verso una nozione di pubblica amministrazione non solo formale <i>Salvatore Napolitano</i>	405
--	-----

**PARTE IV  
AMMINISTRAZIONE DIGITALE**

La decisione amministrativa algoritmica <i>Margherita Interlandi, Lorenza Tomassi</i>	441
Appalti innovativi e digitalizzazione delle procedure di gara <i>Rosa Lucia De Monaco</i>	461

**PARTE V  
ANTICORRUZIONE E TRASPARENZA**

Il lungo cammino della trasparenza <i>Alfredo Contieri</i>	487
Incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi pubblici nella legislazione italiana anticorruzione <i>Alfredo Contieri</i>	507

# CONSIDERAZIONI IN FORMA DI LEZIONE SULL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA CONSENSUALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

*Alfredo Contieri*

SOMMARIO: 1. La pubblica amministrazione come titolare di un potere imperativo che si esprime attraverso il provvedimento amministrativo autoritativo. Teoria bipolare o del doppio grado. Subordinazione del contratto che regola i rapporti economici al provvedimento che è la forma del potere autoritativo. – 2. Ostacoli teorici all'ammissibilità del contratto di diritto pubblico: Impossibilità dell'incontro tra poteri di natura diversa: discrezionalità amministrativa, autonomia privata. – 3. L'art. 11: gli accordi tra amministrazione e privati. Gli accordi integrativi e sostitutivi. Utilità degli accordi: stabilità del rapporto e impossibilità per il privato che ha prestato il consenso di opporsi. – 4. Accordi tra pubbliche amministrazioni. Diversa origine e funzione. – 5. L'accordo di programma. Art. 34 del T.U. dell'ordinamento degli enti locali. – 6. L'accordo ad adesione obbligatoria e a contenuto già definito. Contratto senza consenso e senza autonomia negoziale. – 7. L'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990. Ricorso al diritto privato per l'esercizio di poteri non autoritativi.

1. *La pubblica amministrazione come titolare di un potere imperativo che si esprime attraverso il provvedimento amministrativo autoritativo. Teoria bipolare o del doppio grado. Subordinazione del contratto che regola i rapporti economici al provvedimento che è la forma del potere autoritativo*

Quello dell'amministrazione consensuale è un tema solo apparentemente nuovo, anzi è forse uno dei temi più antichi del diritto amministrativo, perché ha convissuto con il diritto amministrativo e quindi è stato oggetto nel corso di un secolo e mezzo di tantissimi studi da parte della dottrina, che dibatteva proprio sull'ammissibilità di questo tipo di amministrazione e cioè sulla possibilità che il soggetto pubblico, anziché esercitare un potere unilaterale ed autoritativo, desse vita ad un accordo con il privato per perseguire un pubblico interesse.

Originariamente i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino nello Stato assoluto e all'inizio dello Stato di diritto nato dalla rivoluzione francese, si sviluppano come rapporti di tipo contrattuale nelle forme del diritto privato.

In realtà, il sistema del diritto amministrativo, così come si è andato costituendo e come oggi lo conosciamo, si forma nella seconda metà dell'800 sulla base di una sistemazione che si deve in Germania a Otto Mayer e a una

# IL RIESAME DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO: ANNULLAMENTO E REVOCA DOPO LA LEGGE N. 124/2015 (COSIDDETTA LEGGE MADIA)\*

*Alfredo Contieri*

SOMMARIO: 1. L'attuale configurazione dei provvedimenti di secondo grado. – 2. La codificazione dell'annullamento e della revoca nella legge n. 15/2005. – 3. Le ragioni della riforma Madia ed i tanti problemi ancora aperti.

## 1. *L'attuale configurazione dei provvedimenti di secondo grado*

La legge n. 124 del 7 agosto 2015, conosciuta come “*legge Madia*” costituisce un ambizioso progetto di ripensamento e riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche attraverso l'introduzione di norme volte a potenziare la semplificazione amministrativa, la trasparenza, la prevenzione della corruzione, ed a introdurre modifiche sulla organizzazione degli uffici statali, sulla dirigenza e sul rapporto di lavoro.

Si tratta prevalentemente di una legge delega, destinata a produrre effetti attraverso successivi decreti delegati, ma contiene anche norme che sono entrate immediatamente in vigore. Vanno richiamati in particolare l'art. 3 che ha introdotto nella legge n. 241 l'innovativa disposizione di cui all'art. 17-bis in tema di “*silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni e servizi pubblici*” e l'art. 6 rubricato “*autotutela amministrativa*” che ridisegna il potere di riesame e la SCIA. Autotutela amministrativa e non autotutela decisoria come invece andrebbe inquadrata secondo la nota classificazione di Benvenuti<sup>1</sup>.

\* Al momento della correzione delle bozze è intervenuto il D.L. n. 77/2021 (art. 60) che ha ridotto da diciotto a dodici mesi il termine dell'annullamento d'ufficio previsto dall'art. 21-*nonies* e n. 241/90.

<sup>1</sup> Sull'autotutela, per tutti F. BENEVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.* IV, Milano 1959, 537.

Sulla legge n. 124 possono annoverarsi svariati commenti da parte della dottrina. Vanno richiamati in proposito quelli pubblicati sulla rivista *Federalismi.it*. In particolare cfr. M.A. SANDULLI, *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*, *ivi*, 16 settembre 2015; F. FRANCIOSI, *Autotutela Amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, *ivi*, 24 ottobre 2015; M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, *ivi*, 21 ottobre 2015; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17-bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, *ivi*, 21 ottobre 2015; M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il “tempo dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri unilaterali in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto tutela dei terzi e falsi miti. Riflessioni a margine della legge*

IL SILENZIO ASSENSO TRA LE AMMINISTRAZIONI  
SECONDO L'ART. 17-BIS DELLA LEGGE N. 241/90:  
LA RESISTIBILE ASCESA  
DELLA SEMPLIFICAZIONE MERAMENTE TEMPORALE

*Alfredo Contieri*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. La nuova figura introdotta dal decreto semplificazione (D.L. n. 76/2020). – 3. Silenzio assenso e semplificazione. – 4. Il silenzio assenso tra amministrazioni e gli altri istituti di semplificazione. – 5. Compatibilità del silenzio assenso fra amministrazioni in materia di interessi sensibili con i principi costituzionali e con il diritto euro unitario. – 6. Brevi considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il silenzio assenso tra le amministrazioni è stato introdotto dalla l. n. 124 del 2015 (cosiddetta legge Madia) che ha inserito l'art. 17-bis nel testo della legge n. 241. Il noto istituto del silenzio assenso viene innestato in un rapporto procedimentale tra più amministrazioni, assumendo, come si vedrà, una configurazione, ma anche una funzione del tutto diverse rispetto alla ormai tradizionale figura disciplinata dall'art. 20 della stessa legge.

La norma si applica non solo ai procedimenti amministrativi, ma anche a quelli normativi, nei quali l'autorità procedente debba richiedere un atto di assenso, concerto o nulla osta ad altra amministrazione o a un gestore di beni e servizi pubblici che si deve pronunciare su uno schema di provvedimento finale entro trenta giorni dal ricevimento di tale schema corredato dalla relativa documentazione.

Il termine può essere sospeso una sola volta per esigenze istruttorie, ma decorsi nuovamente i 30 giorni senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o nulla osta, l'assenso si intende acquisito, seppure in forma tacita.

L'aspetto più discusso riguarda la previsione che il silenzio assenso si forma anche nel caso in cui gli atti di assenso, concerto o nulla osta comunque denominati devono essere emessi da autorità preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini che non si siano pronunciate entro il più lungo termine di 90 giorni, a meno che disposizioni di legge non prevedano un termine diverso.

Il silenzio non si forma nel caso in cui disposizioni del diritto dell'Unione Europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi.

L'art. 17-bis non si limita a introdurre il nuovo istituto del silenzio as-

# DEFICIT DI RAPPRESENTATIVITÀ DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI E LEGALITÀ PROCEDURALE

Alfredo Contieri

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il modello delle amministrazioni indipendenti e la sua compatibilità con il tipo di amministrazione disegnato dalla Costituzione. – 3. La partecipazione al procedimento come legittimazione del potere di regolazione delle autorità. – 4. Brevi riflessioni conclusive.

## 1. Premessa

La materia variegata e frastagliata della autorità amministrativa indipendente, l'arcipelago<sup>1</sup>, secondo la nota espressione di Predieri, è stata da sempre accompagnata dal tema del deficit di rappresentatività o di legalità<sup>2</sup>. In realtà questo argomento presenta differenti profili, se visto da prospettive diverse. Vi è un primo aspetto che riguarda il mancato o comunque l'attenuato collegamento tra le autorità e il circuito della rappresentanza politica, definito spesso come deficit di legittimazione democratica<sup>3</sup>.

È un carattere ontologico, consustanziale a queste autorità, che per definizione, quale condizione della loro stessa esistenza come categoria giuridica e come modello organizzatorio, non sono sottoposte all'indirizzo politico del Governo, né al suo potere regolamentare, oltre che essere sottratte all'influenza degli operatori economici, ma, al contempo sono munite di ampi poteri di regolazione, di vigilanza e controllo, sanzionatori e paragiurisdizionali<sup>4</sup>. E proprio sui poteri regolatori si appuntano gli aspetti più discussi e problematici, poiché tale regolazione costituisce il prodotto di un'attività normativa assunta al di fuori del normale circuito democratico popolo-governo. Ma, a parte tale aspetto, che riguarda il tipo di fonte, o la stessa natura di fonti di questi atti, il deficit di legalità viene in rilievo anche sotto il di-

<sup>1</sup> A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

<sup>2</sup> Cf. R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1/2017, 22 ss.

<sup>3</sup> *Ex plurimis*, V. CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle Autorità*, in A. GRASSINI (a cura di), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna, 2001, 54 ss.; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della repubblica – Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, passim.

<sup>4</sup> Da ultimo, F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. Il potere normativo delle Autorità Amministrative indipendenti*, Napoli, 2020, 10.

# IL LUNGO CAMMINO DELLA TRASPARENZA

Alfredo Contieri

SOMMARIO: 1. La nuova dimensione della trasparenza – 2. L'evoluzione dell'Ordinamento nazionale. – 3. Il Codice della trasparenza (D. Lg.vo n. 33/2013) e l'accesso civico – 4. La nuova versione del D. Lg.vo n. 33/2013. Accesso civico semplice e accesso civico generalizzato.

## 1. La nuova dimensione della trasparenza

La portata e il significato che la trasparenza ha assunto o più propriamente potrebbe assumere nel nostro ordinamento a seguito della legislazione degli ultimi anni, possono condurre ad una profonda trasformazione dello stesso modo di concepire il rapporto cittadino-amministrazione in uno stato democratico<sup>1</sup>.

È indubbio che al di là di una certa episodicità degli interventi e di una almeno apparente non consapevolezza, da parte del nostro legislatore, della qualità del cambiamento che si potrebbe determinare, il D. Lg.vo n. 33/2013, cosiddetto Codice della Trasparenza, segna un fondamentale punto di svolta, perché costituisce un fattore di continuità rispetto al D. Lg.vo n. 150 del 2009 ed alla l. n. 190 del 2012, ma, allo stesso tempo, appare il punto di arrivo di una trasformazione dell'idea stessa di trasparenza, che da principio a cui deve ispirarsi l'azione amministrativa, secondo l'art. 1 l. n. 241, si trasfigura in valore fondamentale dell'ordinamento e in diritto del cittadino.

Oggi la trasparenza non può configurarsi solo come una serie di istituti finalizzati ad assicurare garanzie procedimentali e la tutela giurisdizionale del cittadino come nella l. n. 241, a controllare l'utilizzo delle risorse pubbliche e a valutare la *performance* dei dirigenti come nella legge Brunetta, a combattere la corruzione come nella l. n. 190/2012. È certamente tutto questo, ma non ha solo una funzione strumentale al raggiungimento di altri interessi tutelati dall'ordinamento, perché è qualcosa di più e di diverso. È un valore di tipo finalistico, espressione di democrazia politica e ammini-

<sup>1</sup> È doveroso il richiamo ad uno dei primi studi della nostra letteratura e cioè al fondamentale lavoro di R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. amm.*, 1989, 416 e ss.; più di recente, sull'evoluzione della trasparenza si rinvia, oltre che alla biografia richiamata nelle note successive, al volume collettivo a cura di F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, Milano 2008.

# INCOMPATIBILITÀ E INCONFERIBILITÀ DEGLI INCARICHI PUBBLICI NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA ANTICORRUZIONE

*Alfredo Contieri*

**SOMMARIO:** 1. Il quadro costituzionale. – 2. La legge anticorruzione n. 190 del 2012. La strategia per evitare il conflitto di interessi. – 3. La nuova nozione di inconferibilità nel decreto n. 39 del 2013. – 4. Vigilanza e sanzioni. – 5. Conclusioni.

## 1. *Il quadro costituzionale*

Il termine corruzione non è espressamente menzionato dalla Costituzione italiana, la quale si limita a richiamare concetti e principi che devono orientare il comportamento dei pubblici dipendenti, su cui deve fondarsi l'etica pubblica<sup>1</sup>.

L'art 97 prescrive “agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso” e impone il rispetto dei principi di “imparzialità e buon andamento” nell'organizzazione dei pubblici uffici.

L'art 54 impone a coloro cui sono affidate funzioni pubbliche “il dovere di adempierle con disciplina e onore”. L'art 98, inoltre precisa che i pubblici dipendenti sono “al servizio esclusivo della nazione”.

Imparzialità, disciplina, onore, servizio esclusivo, indicano modelli di comportamento del tutto opposti a quelli propri della corruzione.

Tuttavia, la legislazione successiva alla Costituzione non è stata particolarmente attenta al legame tra disciplina del pubblico impiego (etica pubblica, codici di comportamento) e contrasto alla corruzione.

## 2. *La legge anticorruzione n. 190 del 2012. La strategia per evitare il conflitto di interessi*

Il tema della corruzione, divenuto di grande attualità sul piano interno, è stato ripreso a seguito della Convenzione O.N.U. di Merida del 31 ottobre 2003, la quale, prevedendo nuovi principi e misure di contrasto ricadenti

<sup>1</sup> Si cfr. M. MARTONE, *Rapporto di lavoro e prevenzione della corruzione: concorsi e prove selettive, incompatibilità, inconferibilità degli incarichi e codici di comportamento*, in *Dir. lav.*, 6/2017, 1423.