



## Dottrina

---

n. 9 - 2017

**Francesco Scalia**

### **Considerazioni in ordine all'ambito soggettivo di applicazione del nuovo istituto del silenzio-assenso tra amministrazioni**

#### **1. Premessa.**

L'art. 3 della Legge 7 agosto 2015, n. 124 ha introdotto nel corpo della Legge generale sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990 n. 241, un nuovo articolo, il 17-*bis*, di disciplina del silenzio-assenso tra amministrazioni pubbliche e tra queste e gestori di beni e servizi pubblici[1].

La nuova disposizione disciplina l'ipotesi in cui l'amministrazione procedente, per l'adozione di un provvedimento normativo o amministrativo, debba acquisire l'assenso, il concerto o il nulla osta, comunque denominato, di un'altra amministrazione pubblica o di un gestore di beni o servizi pubblici. In tal caso, l'assenso si intende acquisito con l'inutile decorso del termine di trenta giorni dal ricevimento, da parte dell'amministrazione tenuta a pronunciarsi, dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione. Il termine può essere interrotto una volta sola qualora l'amministrazione o il gestore che deve rendere il proprio assenso, concerto o nulla osta rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica motivate e puntuali. Ricevuti gli elementi istruttori richiesti o il nuovo schema di provvedimento, inizia a decorrere un nuovo termine di trenta giorni per l'espressione dell'assenso, scaduto inutilmente il quale, questo si intende acquisito. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento.

La disposizione in commento, al comma tre, estende l'applicazione del modulo procedimentale appena descritto anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi,

concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini[2], prevedendo però in tali casi il più lungo termine di novanta giorni.

Infine, con norma di chiusura, l'ultimo comma esclude l'applicazione dell'istituto ai casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi. Ad avviso del Consiglio di Stato la norma introduce un *"nuovo paradigma"* nei rapporti interni tra amministrazioni, completando un'evoluzione normativa che ha progressivamente fluidificato l'azione amministrativa, neutralizzando gli effetti negativi e paralizzanti del silenzio amministrativo, dapprima nei rapporti con i privati[3] ed ora anche nei rapporti tra pubbliche amministrazioni[4].

Intento del presente lavoro è tentare di definire il perimetro soggettivo di applicazione del nuovo istituto.

## 2. L'ambito soggettivo di applicazione del nuovo istituto

La proposta originaria del Governo prevedeva che l'istituto operasse solo tra amministrazioni statali. Il passaggio al Senato, in prima lettura, ha allargato la platea a tutte le amministrazioni pubbliche. La seconda lettura della Camera dei deputati ha esteso ulteriormente la fattispecie ai gestori di beni e servizi pubblici.

Quindi, il nuovo istituto si applica innanzitutto a tutte le amministrazioni pubbliche.

Come noto, la legge n. 241 del 1990 non fornisce una definizione di amministrazione pubblica, se non nell'art. 22, ai fini dell'accesso ai documenti amministrativi. Si rinviene tale definizione in altra norma dell'ordinamento (l'art. 1, comma 2, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165[5]), che, se pur funzionale alla delineazione dell'ambito applicativo della legge in cui è inserita[6], ha fornito la nozione generalmente accolta di pubblica amministrazione.

Il Consiglio di Stato, nel parere reso dalla Commissione speciale all'Ufficio legislativo del Ministero della semplificazione e della pubblica amministrazione in ordine ad alcuni problemi applicativi del nuovo art. 17-bis[7], ha perimetrato l'ambito soggettivo di applicazione della norma sulla base di una definizione assai ampia di pubblica amministrazione. Infatti, il supremo organo della giustizia amministrativa, muovendo dalla nozione di matrice comunitaria *"oggettiva"* e *"funzionale"* di pubblica amministrazione, ha ricompreso nell'ambito di applicazione del nuovo istituto *"ogni soggetto che, a prescindere dalla veste formale-soggettiva, sia tenuto ad osservare, nello svolgimento di determinate attività o funzioni, i principi del procedimento amministrativo"*: quindi, i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative, le società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative e le società *in house*, in quanto nella sostanza atteggiatesi ad organi o uffici dell'ente pubblico partecipante, privi di autonoma soggettività, nonostante la veste formale privatistica e la distinta personalità giuridica. Il dato normativo, sul quale il Consiglio di Stato ha ancorato questa sua interpretazione, è offerto da una serie di norme, sia del codice del processo amministrativo che della stessa legge sul procedimento amministrativo. L'art. 7, comma 2, del c.p.a. dispone che *"Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto"*

*dei principi del procedimento"*; l'art. 1, comma 1-ter, della L. n. 241 del 1990 prescrive che *"I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1"*; l'art. 29, comma 1, che prevede espressamente l'applicabilità della stessa legge n. 241/1990 anche *"alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative"*; ed infine l'art. 22, comma 1, lettera e), che, nel disciplinare l'accesso ai documenti amministrativi, chiarisce che per *"pubblica amministrazione"* si intendono *"tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario"*, mentre l'art. 23 espressamente equipara *"pubbliche amministrazioni"* e *"gestori di servizi pubblici"*[8].

Tale ricostruzione presenta più di un profilo problematico.

Il Consiglio di Stato sembra confondere due piani: quello della natura oggettiva della *"funzione amministrativa"* e del *"servizio pubblico"* con quello del perimetro soggettivo delle pubbliche amministrazioni.

E' un dato che anche soggetti privati esercitino funzioni amministrative o gestiscano servizi di interesse generale, soggiacendo, nei limiti di tali attività, ai principi del procedimento ed alle regole del processo amministrativi. Ciò non toglie, però, che rimangano persone (fisiche o giuridiche) di diritto privato, assoggettate alle regole dello stesso per ogni altra dimensione della loro vita ed attività.

E' pur vero che in dottrina si è affermata, anche su impulso del diritto e della giurisprudenza eurounitari, una nozione allargata di pubblica amministrazione come sistema integrato di soggetti pubblici e privati, proprio in ragione della rilevanza oggettiva dell'azione amministrativa[9]. Ciò non toglie, però, che rispetto a questa nozione *allargata*, si debba comunque definire il perimetro della nozione *in senso proprio* di pubblica amministrazione, ciò ai fini dell'applicazione di norme che non possono che riferirsi a quest'ultima[10].

D'altronde il legislatore -come ha fatto anche con la norma che ci occupa- quando ha voluto estendere l'ambito applicativo di una propria disposizione oltre il perimetro delle pubbliche amministrazioni in senso proprio, lo ha fatto espressamente. Le stesse norme citate nel parere del Consiglio di Stato ne costituiscono testimonianza.

In verità, se il testo della norma fosse rimasto quello della prima lettura in Senato, l'interpretazione estensiva di *"pubbliche amministrazioni"* operata dal Consiglio di Stato avrebbe forse potuto convincere, anche perché coerente con il *favor* dell'evoluzione legislativa verso gli strumenti di semplificazione dell'azione amministrativa. Sennonché, la Camera, in seconda lettura ha aggiunto tra i destinatari della norma anche i *"gestori di beni o servizi pubblici"*. Ora, rappresentando quest'ultima una categoria già compresa nella nozione cd. oggettiva di pubblica amministrazione accolta dal Consiglio di Stato, qualora si dovesse accedere a tale interpretazione non si comprenderebbe la ragione dell'aggiunta e della specificazione. Il testo dell'art. 17-bis potrebbe più agevolmente prestarsi alla seguente lettura: solo i privati (concessionari privati o società con totale o parziale partecipazione pubblica ovvero, ancora, società *in house*) che gestiscono beni e servizi pubblici sono tra i destinatari della norma. Mentre privati preposti all'esercizio di funzioni amministrative

diverse dalla gestione di beni e servizi[11] non rientrerebbero tra i destinatari nel nuovo istituto[12].

Rimarrebbe, però, come fattore di complicazione rispetto alla soluzione appena prospettata, l'interpretazione della norma in relazione all'art. 29, primo comma, L. n. 241 del 1990, che estende l'applicazione delle "disposizioni" (quindi, presumibilmente, anche del nuovo art. 17-bis) della legge sul procedimento "alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative". E', quest'ultima, disposizione fonte di perplessità e difficoltà applicative. Invero, se il procedimento altro non è che la "forma della funzione amministrativa"[13], questa non può non soggiacere alle regole, chiunque la svolga. Per altro verso, però, anche a tacer della difficoltà di individuare in concreto le funzioni amministrative delle società in questione, l'applicazione a queste di tutte le disposizioni della legge n. 241 si rivelerebbe fonte di problemi e perplessità[14]. E comunque, è un dato che alcune disposizioni della legge n. 241 sicuramente non si applicano alle società con totale o prevalente capitale pubblico. Solo per fare un esempio: la conferenza di servizi non può essere convocata che da un'amministrazione pubblica (in senso proprio); ciò è reso evidente dalla circostanza che l'art. 14, comma 5, previgente la riforma Madia, che pur aveva previsto la possibilità di convocazione da parte del privato (il concessionario di lavori pubblici), lo ha fatto espressamente ed ha posto condizioni e limiti (il consenso del concedente, al quale spetta comunque il diritto di voto).

L'art. 29, primo comma, va però letto in relazione con l'art. 1, comma 1-ter, della stessa legge sul procedimento amministrativo. Quest'ultimo, infatti, dispone che "I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge". La dottrina parla a questo proposito di "pubblicizzazione debole o funzionalizzazione flessibile", rispetto alla "pubblicizzazione forte o funzionalizzazione rigida" che l'art. 29, primo comma, opera per le sole società a totale o prevalente capitale pubblico, le quali "debbono rispettare tutte le disposizioni della legge n. 241/1990 limitatamente all'esercizio di funzioni amministrative"[15]. Ebbene, forse proprio nella delimitazione dell'ambito operata da tale ultima norma è possibile individuare la ragione del riferimento dell'art. 17-bis ai gestori di beni e servizi pubblici.

In buona sostanza: se la norma in commento avesse fatto riferimento alle sole pubbliche amministrazioni, avrebbe trovato applicazione, in forza dell'art. 29, primo comma, anche ai soli gestori di beni e servizi pubblici costituiti in società a capitale totalmente o prevalentemente pubblico. Il riferimento operato dall'art. 17-bis a tutti i gestori di beni e servizi, indipendentemente dalla loro natura giuridica, consente di comprendere tra i destinatari della norma anche i privati (e le società a capitale pubblico minoritario) concessionari di beni e servizi.

Questa interpretazione, però, terrebbe fuori dall'ambito di applicazione del nuovo istituto del silenzio assenso tra amministrazioni - diversamente da quanto sostiene il Consiglio di Stato - i privati preposti all'esercizio di attività amministrative non costituiti in società a totale o prevalente capitale pubblico, che non siano gestori di beni e servizi. La norma distinguerebbe,

così, tra privati tutti preposti all'esercizio di attività amministrative, a seconda che siano o meno costituiti in società e, nel primo caso, in ragione dell'entità della partecipazione pubblica al capitale sociale<sup>[16]</sup>.

Il Consiglio di Stato muove, nell'argomentare il suo diverso avviso, innanzitutto dall'esegesi dell'art. 1, comma 1-ter: i privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1; tra questi figura il principio di trasparenza, *"che, specie dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, ormai informa come principio generale l'intera attività amministrativa"*; i rimedi di semplificazione dissuasivi e stigmatizzanti il silenzio –come quello introdotto dalla riforma Madia- contribuiscono a dare piena attuazione al principio di trasparenza dell'azione amministrativa, arginando un comportamento per definizione *"opaco"*, quale è l'inerzia. Quindi, in ragione dell'art. 1, comma 1-ter, il nuovo istituto del silenzio assenso riguarderebbe tutti i privati preposti all'esercizio di attività amministrativa, indipendentemente dalla loro natura giuridica ed anche se non gestori di beni o servizi pubblici.

Questa tesi, però, presenta almeno due profili problematici: come già visto, non spiegherebbe la ragione del riferimento operato dall'art. 17-bis ai gestori di beni e servizi; inoltre darebbe per acquisita una premessa teorica bisognevole invece di giustificazione, e cioè che il silenzio assenso sia declinazione necessitata del principio di trasparenza.

Quanto a quest'ultimo profilo, pare francamente arduo sostenere che un istituto che si sostanzia nell'attribuzione di un significato all'inerzia della pubblica amministrazione, al fine di consentirne il superamento, possa ricondursi –sia pure in una lettura sistematica- al principio generale di trasparenza, ancorché nell'accezione assai lata offerta dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto recante revisione e semplificazione di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza (poi divenuto D.Lgs. n. 97/2016). In quella occasione, la Sezione consultiva per gli atti normativi ha definito la trasparenza *"valore immanente all'ordinamento, 'modo d'essere tendenziale dell'organizzazione dei pubblici poteri', parametro cui commisurare l'azione delle figure soggettive pubbliche, che consenta di trovare (...) il 'giusto' punto di raccordo tra le esigenze di garanzia e di efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa"*<sup>[17]</sup>. Così definita, la trasparenza può diventare un punto di confluenza dei principi giuridici, costituzionalmente posti, dell'azione amministrativa (dal buon andamento all'imparzialità, al rispetto del cd. 'principio di legalità sostanziale', al metodo di partecipazione democratica) dal quale derivano istituti giuridici, di tipo trasversale, funzionali a realizzare tale valore.

Pur tuttavia, la trasparenza si sostanzia comunque nell'accessibilità ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni e nella 'visibilità' del loro operato<sup>[18]</sup>. Il silenzio rimane un *"comportamento 'opaco' e non ostensibile"*, per usare le parole del Consiglio di Stato; il provvedimento che si forma *per silentium* è necessariamente immotivato; la *fictionis* di attribuzione all'inerzia di un significato consegue sicuramente finalità di semplificazione dell'azione amministrativa, consentendo all'interessato di conseguire il bene della vita richiesto (silenzio assenso) o di rivolgersi al giudice impugnando il silenzio rigetto, ma certamente non contribuisce a rendere ostensibile e trasparente l'azione

dell'amministrazione.

Ed invero, sotto questo profilo, non pare privo di significato il fatto che la riforma dell'art. 118 della Costituzione tenga distinte la trasparenza e la semplificazione (della quale l'istituto del silenzio assenso può sicuramente essere una declinazione) quali mezzi-obiettivi dell'esercizio delle funzioni amministrative[19].

Più arduo ancora è ritenere che il silenzio assenso sia declinazione necessitata del principio generale di trasparenza: cioè che questo non possa non tradursi che nell'istituto disciplinato dall'art. 17-*bis* (e dall'art. 20, per i rapporti amministrazione-privati), tanto che quest'ultimo troverebbe applicazione anche per tutti i privati preposti all'esercizio di attività amministrativa, in forza dell'art. 1, comma 1-*ter*.

I principi sono proposizioni normative enunciate ad un elevato livello di generalità, che nella loro applicazione a casi specifici richiedono di regola mediazioni e bilanciamento con altre proposizioni della stessa natura, al fine di ricavarne la regola per il caso concreto[20].

Disposizioni normative disciplinanti istituti particolari normalmente presuppongono principi generali, di cui rappresentano modi di attuazione (e d'altronde i principi generali storicamente sono nati dall'elaborazione giurisprudenziale in via di astrazione dal dato normativo se non anche dal concreto dell'esperienza[21]). E però, proprio per il loro carattere generale ed indeterminato, pare impossibile affermare che i principi possano tradursi in maniera vincolata in un (solo) istituto particolare. In altre parole, il principio di trasparenza è attuato oggi, nel nostro ordinamento, dal D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, così come modificato ed integrato dal D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, e dagli artt. 22 e ss., L. n. 241 del 1990 (ovvero, nell'accezione del Consiglio di Stato, anche dalle norme disciplinanti la partecipazione al procedimento). Gli istituti nei quali si sostanzia sono il risultato della mediazione e bilanciamento di tale principio con altri interessi meritevoli di tutela e –a volte- ritenuti prevalenti (es. il diritto alla riservatezza; la sicurezza nazionale, etc.): si tratta di modalità di attuazione *possibili* del principio, non anche di modalità *necessitate* (si può assicurare la conoscibilità di un documento mediante pubblicazione sul sito istituzionale dell'ente oppure garantendone l'accesso a chiunque ne faccia richiesta o ancora ai soli portatori di un interesse qualificato). Disporre in una norma programmatica come l'art. 1, L. n. 241 del 1990, dedicata proprio ai principi, che i privati esercenti attività amministrativa debbono assicurare il rispetto del principio di trasparenza, non vuol dire estendere automaticamente a tali soggetti l'applicazione dei diversi istituti nei quali tale principio trova attuazione concreta: significa fissare un obiettivo, non anche realizzare con ciò solo il risultato.

Ciò tanto è vero, che lo stesso legislatore ha avvertito la necessità di specificare nel dettaglio l'ambito di applicazione soggettivo della disciplina in questione (art. 2-*bis*, D.Lgs. n. 33/2013[22]), riferendola innanzitutto alle amministrazioni pubbliche in senso proprio, quindi, *"in quanto compatibile"* anche ad altri soggetti tutti puntualmente individuati[23].

Il Consiglio di Stato, nel tentativo di rafforzare il proprio ragionamento, evidenzia *"in secondo luogo"* che l'art. 29, comma primo, prevede espressamente l'applicabilità della legge n. 241 del 1990, *"in tutte le sue disposizioni, non solo nei principi"*, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative.

Sennonché i due argomenti insieme non si tengono. O si ritiene che il silenzio assenso sia esplicitazione necessitata di un principio generale dell'azione amministrativa, compreso tra quelli indicati dall'art. 1, primo comma, ed allora trova applicazione per tutti i privati preposti ad attività amministrativa; o si ritiene si tratti di una delle possibili (diverse) declinazioni di un principio generale, istituito come tale applicabile solo nei confronti dei destinatari individuati dalla norma che lo introduce: le amministrazioni pubbliche in senso proprio oltre ai gestori di beni e servizi pubblici, qualunque sia la loro natura (in ragione dello stesso art. 17-*bis*) e le società a totale o prevalente capitale pubblico, nei limiti dell'esercizio di funzioni amministrative (in forza dell'art. 29, primo comma).

Ci si trova di fronte ad un vero nodo gordiano, per riprendere la metafora riferita da autorevole dottrina ad altra parte dell'art. 29, incidente sul riparto di competenze Stato-Regioni[24].

Rimane da valutare –per tentare di tagliare il nodo- se la norma che introduce l'istituto del silenzio assenso, sia espressione di un valore costituzionale (la semplificazione dell'azione amministrativa) e –nel caso- se ne sia declinazione obbligata: sia qualificabile, cioè, come norma a contenuto costituzionalmente vincolato e, come tale, ad applicazione necessaria per tutti i soggetti che svolgano attività amministrativa.

Il principio di semplificazione, di diretta derivazione comunitaria[25], è catalogato dalla Corte costituzionale nel novero dei principi fondamentali dell'azione amministrativa[26]. La riforma della seconda parte della Costituzione, che non ha superato il referendum confermativo del 4 dicembre 2016, aveva costituzionalizzato in maniera espressa tale principio, stabilendo al secondo comma dell'art. 118 che *"Le funzioni amministrative sono esercitate in modo da assicurare la semplificazione e la trasparenza dell'azione amministrativa, secondo criteri di efficienza e di responsabilità degli amministratori"*. Indipendentemente dalla riforma ormai abortita, il principio di semplificazione è comunemente qualificato dalla dottrina quale sviluppo del principio di buon andamento[27], riferito dall'art. 97 Cost. – insieme al principio di imparzialità- all'organizzazione amministrativa, ma pacificamente catalogato tra i principi generali dell'azione amministrativa.

La dottrina si è divisa sul tema della diretta vincolatività (in particolare per le regioni) delle norme della L. n. 241 del 1990, in quanto attuative di norme costituzionali. Se alcuni Autori ne hanno sostenuto la natura di *"norme interposte"*[28], integranti il sistema costituzionale[29], altri ne hanno escluso il carattere di norme a contenuto costituzionalmente vincolato, tali cioè da costituire l'unica disciplina possibile per concretare le corrispondenti previsioni costituzionali[30].

E' comunque comune l'opinione che il silenzio assenso non figuri tra gli istituti costituzionalmente necessitati[31]. Questo, in quanto strumento di semplificazione, rappresenta uno svolgimento del principio costituzionale del buon andamento dell'azione amministrativa[32], ma non uno svolgimento necessitato e a senso unico[33].

E' anzi prevalente in dottrina l'opinione della dubbia legittimità costituzionale di tale meccanismo di semplificazione quando consente di superare –omettendola- la ponderazione di interessi sensibili[34]. Più in generale, in dottrina è diffuso il giudizio di inefficienza del

silenzio, quale strumento di semplificazione procedimentale, rispetto alla complessità ed alla molteplicità degli interessi che, in un ordinamento democratico e pluralista, l'amministrazione è tenuta a valutare e ponderare comparativamente. Tale strumento, infatti, è sì funzionale alla celerità ed alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa, con la rinuncia però alla valutazione degli interessi coinvolti dalla stessa[35].

Il silenzio assenso, quindi, rappresenta uno dei possibili strumenti con cui attuare il principio di semplificazione amministrativa, ma non ne rappresenta uno sviluppo necessitato.

Pertanto, neanche per tale via pare possibile giungere alle conclusioni tratte dal Consiglio di Stato circa l'ambito soggettivo del nuovo istituto.

Con tutta la cautela che impone il discostarsi dal parere reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato in risposta ad appositi quesiti dell'Amministrazione, sembra potersi sostenere la seguente ipotesi sul perimetro soggettivo del silenzio assenso tra amministrazioni. L'art. 17-*bis* si applica alle amministrazioni in senso proprio, individuate dall'art. 1, comma 2, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ed ai gestori di beni e servizi pubblici, qualunque sia la loro natura giuridica. Le società a totale o prevalente partecipazione pubblica, qualora non siano gestori di beni o servizi pubblici, non sarebbero destinatari della norma. L'art. 29, comma 1, infatti, non troverebbe applicazione per il silenzio assenso tra amministrazioni, avendo l'art. 17-*bis* delineato il proprio perimetro applicativo escludendo (sia pure implicitamente) le società a totale o prevalente partecipazione pubblica che, pur svolgendo attività amministrativa, non gestiscano beni o servizi pubblici. In altre parole, in forza dell'art. 29 troverebbero applicazione alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative, le disposizioni della legge n. 241 che non abbiano diversamente stabilito il loro perimetro applicativo. Come - nell'esempio fatto - la conferenza di servizi non può essere convocata da una società *in house* che non sia concessionaria dell'opera pubblica così il silenzio assenso non si applica alla stessa società che non gestisca un bene o servizio pubblico.

Corollario di questa ricostruzione è l'interpretazione letterale dell'art. 17-*bis* anche in ordine al ruolo dei gestori di beni e servizi. Costoro sono individuati dalla norma soltanto come possibili destinatari della proposta di schema di provvedimento, non anche come proponenti lo stesso. Quindi, contrariamente a quanto affermato dal Consiglio di Stato nel parere più volte citato il silenzio assenso tra amministrazioni non dovrebbe trovare applicazione quando lo schema di provvedimento sia proposto da un gestore di un bene o servizio pubblico.

Tra le amministrazioni pubbliche citate dalla norma che ci occupa, sono invece sicuramente comprese le Regioni e gli enti locali.

Non paiono condivisibili, sul punto, i rilievi di possibile illegittimità costituzionale della norma per la sua applicabilità anche a materie di competenza regionale[36]. Invero, anche a tacer del fatto che tale profilo non è stato colto dalle stesse Regioni, che non hanno impugnato la norma dinanzi alla Corte costituzionale, la legittimità dell'estensione del suo ambito di applicazione alle Regioni ed enti locali è garantita dall'art. 117, secondo comma, lettera m) Cost., che attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. L'art. 29, comma 2-*ter* della legge n. 241 del 1990 riferisce ai



livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione le disposizioni della legge *"concernenti la dichiarazione di inizio attività e il silenzio assenso"*[37]. Il generico richiamo al silenzio assenso non può ritenersi riferito al solo istituto operante su istanza del privato e disciplinato dall'art. 20 della legge (ancorché il solo in vigore al momento in cui il comma citato è stato aggiunto all'art. 29[38]) in quanto il riferimento al silenzio assenso è comprensivo del nuovo istituto operante tra amministrazioni sia per il dato letterale (la norma non distingue le due ipotesi oggi disciplinate), sia per il profilo logico-sistematico, essendo entrambi gli istituti informati ai medesimi obiettivi di semplificazione ed accelerazione.

D'altronde, la Corte costituzionale ha precisato –superando i contrasti sul punto della dottrina[39]- che anche *"l'attività amministrativa può assurgere alla qualifica di 'prestazione', della quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno specifico diritto di individui, imprese, operatori economici e, in genere, soggetti privati"*[40], chiarendo che il parametro fissato dall'art. 117, secondo comma lettera m), Cost. *"permette una restrizione dell'autonomia legislativa delle Regioni giustificata dallo scopo di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti civili e sociali tutelati dalla stessa Costituzione"*[41]. Si tratta, infatti, non tanto di una *"materia"* in senso stretto, quanto di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, in relazione alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di diritti civili e sociali, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle[42].

Inoltre, la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni su tutto il territorio nazionale è esplicazione del fondamentale principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3 della Costituzione[43]. Pertanto, non è a dubitarsi che essa si imponga anche alle Regioni a statuto speciale ed alle Province autonome di Trento e Bolzano[44].

Il Consiglio di Stato, però, nell'affermare la legittima applicabilità –per le ragioni esposte- del nuovo istituto alle Regioni ed agli enti locali, sottolinea *"l'opportunità di intensificare, in attuazione del principio di leale collaborazione, ogni forma di coordinamento istituzionale diretto a garantire l'omogenea applicazione delle nuove regole di semplificazione, nel rispetto dell'autonomia organizzativa delle Regioni e degli enti locali"*[45].

Ai fini della definizione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 17-bis è indifferente la natura dell'organo titolare della competenza a proporre lo schema di provvedimento o ad esprimere l'assenso, il concerto o in nulla osta. La norma, infatti, non fa distinzione tra organi politici ed organi amministrativi, rilevando solo la natura dell'atto (amministrativo o normativo) affidato alla loro competenza. D'altronde, la stessa risoluzione dei conflitti tra amministrazioni statali è rimessa, dall'art. 17-bis, secondo comma, ad organi politici, quali sono il Presidente ed il Consiglio dei ministri.

Il nuovo istituto si applica, inoltre, anche alle Autorità indipendenti, considerata la loro natura di amministrazioni, ancorché indipendenti dal Governo[46] ed esplicanti una funzione regolatoria a garanzia del corretto funzionamento di settori di mercato nei quali operano soggetti pubblici e privati[47].

---

[1] In dottrina si veda: M. Bombardelli, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in *Urbanistica e appalti*, 7/2016, 758 ss.; P. Marzaro, *Coordinamento tra Amministrazioni e silenzio-assenso*, in *Giustamm*, 5/2016; id. *Certezze e incertezze sul silenzio assenso tra amministrazioni*, *ibidem*, 12/2015; E. Scotti, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 566 ss.; F. de Leonardis, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma madia*, in *federalismi.it*, 21 ottobre 2015e, se si vuole, F. Scalia, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urbanistica e appalti*, 1/2016, 11 ss..

[2] La norma in commento non richiama, invero, altri interessi sensibili come la difesa e la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza. Ritiene che l'omissione non sia voluta e che quindi la disposizione vada dal legislatore sollecitamente integrata 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*, in *federalismi.it*, 16 settembre 2015, 5.

[3] Art. 3, comma 6-ter del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 marzo 2005, n. 80, che ha riscritto l'art. 20 della legge n. 241 del 1990, generalizzando la regola del silenzio assenso.

[4] Consiglio di Stato, Comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640.

[5] *"Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i comuni, le Comunità montane, e oro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI"*.

[6] L'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

[7] Il già citato parere n. 1640/2016.

[8] Il Consiglio di Stato opera questa interpretazione per rispondere al quesito del Ministero circa l'applicabilità del silenzio assenso ai gestori di beni e servizi pubblici anche per procedimenti avviati dagli stessi. Infatti, la lettera dell'art. 17-*bis* individua i gestori solo come destinatari della richiesta di atto di assenso, non anche come possibili proponenti lo schema di provvedimento. Con riferimento a questi ultimi la norma indica solo le amministrazioni pubbliche. La nozione oggettiva di pubblica amministrazione, comprensiva di tutti i privati esercenti attività amministrativa, serve al Consiglio di Stato per rispondere al quesito affermando che i gestori di beni e servizi pubblici sono destinatari della norma anche come possibili proponenti lo schema di provvedimento.

[9] Cfr. F. de Leonardis, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 102 ss. e la dottrina ivi citata.

[10] Si pensi solo alla disciplina in materia di assunzione del personale o in materia di organizzazione degli uffici.

[11] Si pensi alle società *in house* che svolgono servizi strumentali per l'ente che ne detiene il capitale; ai professionisti privati (notai, avvocati) preposti ad attività di certificazione; alle SOA; ai concessionari di opere pubbliche o ai contraenti generali delegati all'espropriazione per pubblica utilità.

[12] Questa tesi è sostenuta nella Circolare dell'Ufficio legislativo del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, n. 27158 del 10 novembre 2015, con l'autorevolezza che le deriva non solo dalla natura giuridica della fonte, quanto dal redattore della stessa: il Cons. Paolo Carpentieri.

[13] Secondo la nota definizione di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 128.

[14] Si veda, sul punto, B.G. Mattarella, *I procedimenti delle regioni e degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1143, nota n. 23: "Si tratta, nondimeno, di una previsione problematica da diversi punti di vista: quello dell'interpretazione (non sarà facile individuare le funzioni amministrative delle società in questione); quello organizzativo (le società in questione dovranno individuare uffici e funzionari responsabili dei procedimenti, formalizzare le procedure, inviare varie forme di comunicazione e così via); quello della tutela dei cittadini (le società potranno liberamente revocare i propri atti, pagando solo un indennizzo, e perfino annullarli)".

[15] F. de Leonardis, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 106.

[16] Invero, la distinzione è operata dall'art. 29, primo comma, ed è singolare che, in un

quadro di sostanziale oggettivazione della funzione amministrativa, si individuò nell'entità della partecipazione pubblica in società di capitali il discrimine per l'applicazione *integrale* della legge n. 241 del 1990.

[17] Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., 24 febbraio 2016, n. 515

[18] Il Consiglio di Stato riprende, a questo proposito, la definizione di democrazia data da Norberto Bobbio come *"regime del potere visibile"*. Cfr. N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 2005. L'Autore definisce la democrazia *"il governo del potere pubblico in pubblico"* ed indica nel *"potere invisibile"* una delle sei promesse non mantenute rilevabili dalla analisi dello scarto tra ideali democratici e democrazia reale.

[19] Il nuovo art. 118, secondo comma, dispone che *"Le funzioni amministrative sono esercitate in modo da assicurare la semplificazione e la trasparenza dell'azione amministrativa, secondo criteri di efficienza e di responsabilità degli amministratori"*.

[20] G. Falcon, *Il diritto amministrativo e i principi*, in L. Torchia (a cura di), *Attraverso i confini del diritto*, Bologna, 2016, 194-195. Sulla triplice funzione dei principi generali dell'ordinamento: integratrice (art. 12, secondo comma, disp. prel. cod. civ.), programmatica e interpretativa, v.S. Bartole, *Principi generali del diritto (Diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 514.

[21] Sembra ritenere che il giudice, in assenza di una norma sarebbe investito di *"una funzione valutativa che gli permetta di individuare il principio nel concreto dell'esperienza e convertirlo in strumento efficacemente disciplinatore del magma sociale"*: P. Grossi, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in AA.VV., *Annuario 2014, L'incertezza delle regole. Atti del Convegno Annuale Napoli, 3-4 ottobre 2014, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIDPA)*, Napoli, 2015, 22.

[22] Ciò in attuazione del criterio direttivo posto con l'art. 7, comma 1, lett. a della L. n. 124/2015: *"ridefinizione e precisazione dell'ambito soggettivo di applicazione degli obblighi e delle misure in materia di trasparenza"*.

[23] Art. 2-bis, D.Lgs. n. 33/2013, introdotto dall'art. 3, comma 2, del D.Lgs. n. 97/2016: *"1. Ai fini del presente decreto, per 'pubbliche amministrazioni' si intendono tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione. 2. La medesima disciplina per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche, in quanto compatibile: a) agli enti pubblici economici e agli ordini professionali; b) alle società in controllo pubblico come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'art. 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124. Sono escluse le società quotate come definite dalla stesso decreto legislativo emanato in attuazione dell'art. 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124; c)*

*alle associazioni, alle fondazioni e agli enti diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni. 3. La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, alle società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'art. 18 della legge 7 agosto 2014, n. 124, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici".*

[24] A. Celotto e M.A. Sandulli, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un "nodo di gordio"*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 1946 e ss..

[25] Direttiva c.d. Bolkestein(2006/123/CE), relativa ai servizi nel mercato interno, attuata nell'ordinamento italiano con D.Lgs. 26 marzo 2010, n. 59. Prima ancora di tale direttiva, la Corte costituzionale aveva affermato che i "moduli di definizione del procedimento, informati alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità" sono "espressivi in quanto tali di un principio fondamentale di diretta derivazione comunitaria" (Corte Cost., 27 luglio 2005, n. 336).

[26] Sentenze 27 giugno 2012, n. 164; 6 novembre 2009, n. 282 e n. 336/2005 cit..

[27] Cfr. M.P. Chiti, *Introduzione*, in M.P. Chiti e G. Palma (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 9.

[28] 'Norma interposta' è la norma di legge che, nel giudizio di legittimità costituzionale, si inserisce tra la norma che si ritiene viziata ed il parametro costituzionale, il quale quindi viene invocato indirettamente. Si veda: S.M. Cicconetti, *Tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte*, in *Diritto e società*, 2011, 712 ss..

[29] A. Celotto e M.A. Sandulli (*Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un "nodo di gordio"*, cit., 1946 e ss.) hanno evidenziato che la quasi totalità delle norme della L. n. 241 del 1990 si atteggia a "norme interposte nello scrutinio di costituzionalità", al fine di individuare una ragione di vincolatività delle stesse per le regioni diversa (o comunque non esclusivamente rappresentata) dalla riconducibilità alla materia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost.. Gli Autori hanno quindi ricondotto gli istituti disciplinati dalla L. n. 241 del 1990 all'art. 97 Cost. (i principi che definiscono le garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa), all'art. 3 Cost.

(quale principio di eguaglianza, non discriminazione e ragionevolezza), all'art. 5 Cost. (quale fondamento dell'unitarietà della Repubblica), all'art. 41 Cost. (quale garanzia della libertà di iniziativa economica), all'art. 120, comma 1, Cost. (che vieta ogni misura atta ad ostacolare la libera circolazione delle cose e delle persone fra le regioni). *"Il combinato delle suddette disposizioni può apparire sufficiente a giustificare – in una interpretazione comunque evolutiva del riparto di competenze fra Stato e regioni – l'assunto che le regioni, nel regolare le materie disciplinate dalla l. n. 241, rispettino le 'garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge', che verrebbero a questo punto ad essere letti alla stregua di 'norme interposte' integrando il 'sistema costituzionale' richiamato subito prima dall'art. 29 comma 1"*.

[30] G. Morbidelli, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 3/2010, ha sottolineato che *"la derivazione costituzionale, o anche la attuazione costituzionale, non fa assurgere la legge al tono costituzionale, come è dimostrato da tutta la giurisprudenza costituzionale in tema di limiti di ammissibilità del referendum abrogativo, la quale ha tracciato la categoria della legge a contenuto costituzionalmente vincolato, cioè quella che costituisce l'unica disciplina possibile per concretare le corrispondenti previsioni costituzionali e tali non sono certo le previsioni in oggetto che appunto si limitano a richiamare una tra le varie soluzioni astrattamente possibili per attuare la Costituzione"*. Contrari alla lettura della L. n. 241 come norma interposta anche: P. Lazzara, *La disciplina del procedimento amministrativo nel riparto delle competenze Stato-Regione*, in *Dir. amm.*, 2007, 108 ss. e A. Romano Tassone, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: osservazioni sulla posizione di A. Celotto – M.A. Sandulli*, in *Federalismi.it*, n. 5/2006.

[31] Gli stessi A. Celotto e M.A. Sandulli evidenziano che *"il silenzio assenso e la d.i.a."*, pur in astratto riconducibili all'art. 97 Cost., in quanto strumenti di semplificazione, *"possono tradursi in una minore garanzia di buon andamento e di certezza"*.

[32] Come rileva lo stesso Consiglio di Stato nel parere n. 1640/2016: *"Sotto il profilo costituzionale, il fondamento del meccanismo di semplificazione deve rinvenirsi nel principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., 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"*.

[33] Cfr. in questo senso, G. Morbidelli, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, cit., 3. L'Autore argomenta anche dalla riconducibilità delle disposizioni in punto di d.i.a. e silenzio assenso alla categoria dei livelli essenziali delle prestazioni *"cedevoli"*, introdotta dall'art. 29 comma 2-ter, L. n. 241/1990 (in quanto è possibile individuare, a seguito di intese in sede di conferenza unificata, casi ulteriori in cui la disciplina ex art. 19 e 20 L. n. 241 non trovi applicazione), la non diretta discendenza costituzionale di tali istituti, in quanto appunto derogabili (op. ult. cit., 8).

[34] M. Bombardelli, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, cit.; F. de Leonardis, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma madia*, cit.; G. Morbidelli, *Il regime amministrativo dell'ambiente*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 22 ss..

[35] Parla, a questo proposito, di semplificazione con diminuzione di risultato: G. Falcon, *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2000, 119 ss.. Si vedano anche le considerazioni svolte da M. Bombardelli, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, cit..

[36] Cfr. E. Scotti, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, cit. 570. L'Autrice ravvisa nell'estensione dell'applicazione del nuovo istituto alle amministrazioni regionali e locali un profilo di illegittimità costituzionale, in quanto si determinerebbe così una disciplina generale delle decisioni complesse "che supera lo stesso autolimitato posto dall'art. 29, comma 1, all'ambito della disciplina della legge n. 241/1990 e che vorrebbe applicarsi universalmente, a prescindere dall'amministrazione coinvolta e a prescindere dalla materia (e dunque, dalla competenza legislativa, statale o regionale coinvolta)".

[37] Cfr., per una visione critica di tale scelta legislativa, operata dalla riforma del 2009 (L. 18 giugno 2009, n. 69), B.G. Mattarella, *I procedimenti delle regioni e degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1145-1146. L'Autore ritiene che ricondurre alla potestà esclusiva dello Stato dal disciplina della dichiarazione di inizio attività e del silenzio-assenso, sia "un'indebita compressione dell'autonomia delle regioni, per diverse ragioni: perché questi istituti non sono affatto riconducibili a principi costituzionali o comunitari (anzi, il diritto comunitario li guarda a volte con sospetto); perché essi riflettono scelte, in ordine al bilanciamento dei vari interessi, che possono ben variare tra le diverse materie e, soprattutto, tra le diverse regioni; perché l'imposizione alle regioni di questa disciplina produce un'uniformità che è la negazione dell'autonomia riconosciuta dalla Costituzione; perché ogni regione deve poter definire (o non definire) la propria politica di semplificazione amministrativa". Si veda anche: D. Messineo, "Livelli essenziali di semplificazione": un ossimoro costituzionale?, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4856. Più in generale, sul tema, si veda: F. Astone-M. Caldarera-F. Manganaro-A. Romano Tassone-F. Saitta (a cura di) *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, Milano, 2007.

[38] Il comma 2-ter è stato aggiunto all'art. 29 dall'art. 10, comma 1, lett. b), della legge n. 69 del 2009.

[39] Per la possibilità di considerare l'attività amministrativa proceduralizzata una

prestazione, si veda: G. Morbidelli, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, cit.; V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 - 6. Parte*, in [www.unirc.it](http://www.unirc.it); A. Romano Tassone, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: osservazioni sulla posizione di A. Celotto - M.A. Sandulli*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), n. 5/2006; C.E. Gallo, *La riforma della legge sull'azione amministrativa ed il nuovo titolo V Cost.*, in [Giustamm.it](http://Giustamm.it); D. Sorace, *La disciplina generale dell'azione amministrativa dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Prime considerazioni*, in *AIPDA, Annuario*, 2003, 27; S. Spuntarelli, *La disciplina del procedimento amministrativo tra competenza statale e competenze delle autonomie locali*, in F. Modugno e P. Carnevale (a cura di), *Nuovi rapporti Stato-Regione dopo la l. cost. n. 3 del 2011*, Milano, 2003, 177 ss.. In senso contrario: G. Bergonzini, *Legge dello Stato sull'azione amministrativa e potestà legislativa regionale*, in *Dir. amm.*, 2006, 23 ss.; R. Ursi, *La disciplina generale dell'azione amministrativa nel prisma della potestà normativa degli enti locali*, in *Dir. amm.*, 2006, 615.

[40] Corte Cost. n. 164/2012 cit.. Cfr. anche: Corte cost. 20 luglio 2012, n. 203 (con nota critica di D. Messineo, *"Livelli essenziali di semplificazione": un ossimoro costituzionale?*, cit.) e 24 luglio 2012 n. 207. Per la qualificazione come livelli essenziali delle prestazioni delle norme dettate in materia di trasparenza amministrativa e di obblighi di pubblicazione, cfr. art. 1, comma 3, D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

[41] Corte Cost. n. 164/2012 cit.; cfr. id. 15 gennaio 2010, n. 10; 28 giugno 2006, n. 248; 31 marzo 2006, n. 134; 14 ottobre 2005, n. 383 e 19 luglio 2005 n. 285.

[42] Corte Cost. n. 164/2012 cit.; cfr. id. 4 dicembre 2009, n. 322 e 26 giugno 2002, n. 282.

[43] Cfr. in questo senso: A. Romano Tassone, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: osservazioni sulla posizione di A. Celotto - M.A. Sandulli*, cit., 4: *"la 'determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (...) può considerarsi, oggi, la nuova concretizzazione del principio di uguaglianza, da intendersi non più come uguaglianza di trattamento normativo, bensì come eguaglianza di trattamento sostanziale dei cittadini"*.

[44] Ciò nonostante i relativi statuti non prevedano nulla sul punto e l'art. 29, comma 2-*quinquies*, della legge n. 241 del 1990 si limiti a disporre che le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione alle disposizioni dello stesso articolo, *"secondo i rispettivi statuti e le relative norme di attuazione"*. Inoltre, l'art. 10 della legge costituzionale n.3 del 2001 stabilisce che le previsioni del nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione (tra cui, quindi, anche l'art. 117) *"si applicano anche alle Regioni a Statuto speciale ed alle province autonome di Trento e Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite"*. Si veda -a sostegno della tesi dell'applicabilità del parametro costituzionale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost. alle regioni a statuto speciale- anche Corte Cost. 20 luglio 2012, n. 203, in cui si afferma che il parametro costituzionale in questione *"postula tutele necessariamente"*



*uniformi su tutto il territorio nazionale e tale risultato non può essere assicurato dalla Regione, ancorché ad autonomia differenziata, la cui potestà legislativa è pur sempre circoscritta all'ambito territoriale dell'ente (nelle cui competenze legislative, peraltro, non risulta presente una materia riconducibile a quella prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost.)".*

[45] Consiglio di Stato, Comm. spec., n. 1640/2016, cit..

[46] M.S. Giannini le definiva *"una figura in espansione, di depoliticizzazione, di decentramento decisionale e di decentramento amministrativo"*: Id. *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. I, Padova, 1988, 123.

[47] Il Consiglio di Stato, nel parere della Commissione speciale reso sul nuovo art. 17-bis L. n. 241/1990 (n. 1640/2016 cit.), segnala, in un'ottica *de jure condendo* *"l'opportunità di prevedere a favore delle Autorità indipendenti una deroga analoga a quella contemplata dal comma 3 per le Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili"*, ciò probabilmente per l'elevato tasso di discrezionalità tecnica che connota le funzioni amministrative esercitate dalle stesse.