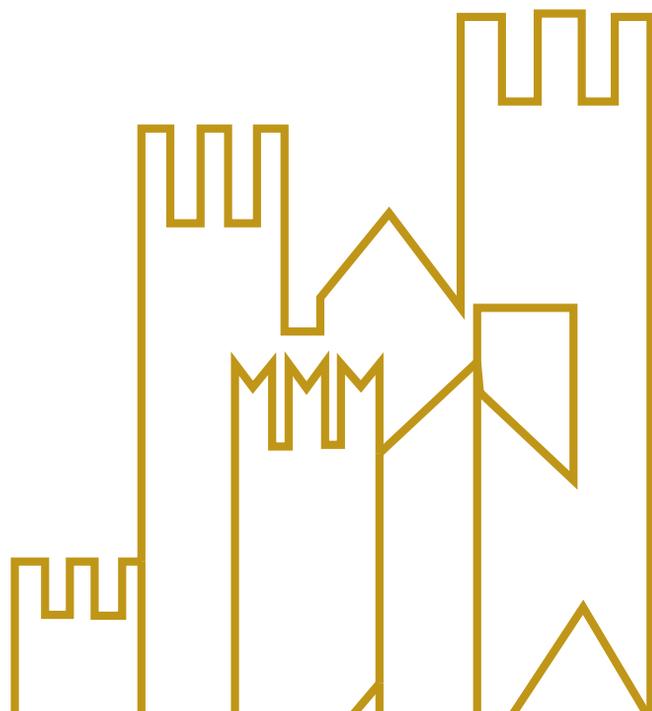


quadrimestrale di diritto ed economia

Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni



3/2024

Settembre-Dicembre



Rivista
di Diritto
ed Economia
dei Comuni



Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni

Registrazione al Tribunale di Roma n. 136/2022 del 30.11.2022
Registro degli Operatori di Comunicazione n. 39826

Settembre-Dicembre n. 3/2024

Direttore Scientifico: **Harald Bonura**

Direzione Scientifica: **Luigi Caso, Marcello Clarich,
Michele Corradino, Margherita Interlandi, Bernardo Giorgio Mattarella,
Guido Meloni, Veronica Nicotra**

Comitato Scientifico: **Vincenzo Antonelli, Gaetano Armao, Antonio Barone,
Daniela Bolognino, Carlo Buonauro, Elisa D'Alterio, Fabrizio Dall'Acqua, Davide Di Russo,
Daniele Donati, Marco Dugato, Giuliano Fonderico, Felice Giuffrè, Tommaso Giupponi,
Stefano Glinianski, Mario Gorlani, Carlo Iannello, Nicola Lupo, Luciano Monti,
Pasquale Passalacqua, Aldo Sandulli, Fabrizio Tigano, Giovanni Valotti, Antonio Viscomi**

Comitato di redazione: **Gianpiero Madeo e Massimiliano Maitino (Coordinamento
Responsabilità e Controllo); Gianluca Briganti, Pierfrancesco Miele,
Alessandro Popolato, Anna Laura Rum, Federica Zaccarelli**

Coordinamento di redazione: **Annalisa D'Amato, Maria Rosaria Di Cecca**

Direttore Responsabile: **Stefania Dota**

Editore: **Comunicare - ANCI comunicazione ed eventi srl unipersonale
Via dei Prefetti, 46 - 00186 Roma**

Progetto grafico e impaginazione: **Francesco Botteri**

Stampa: **Varigrafica Alto Lazio srl
Via Cassia Km. 36,300 - Zona Ind. Settevene
01036 Nepi (TV)**

Finito di stampare nel mese di Marzo 2025

www.rivistagiuridicadeicomuni.eu



<https://www.linkedin.com/company/93206826/admin/>



<https://twitter.com/RivistaCOMUNI>

INDICE GENERALE

Prospettive

1. I Comuni non operano nella ionosfera..... 13
DI SERGIO MATTARELLA
2. Revisione del TUEL e “coesione” 17
DI DANIELE DONATI

Saggi

1. La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici. Aste e cataloghi elettronici..... 23
DI GAETANO ARMAO
2. La disciplina del lavoro a distanza nel CCNL Funzioni Locali 2019-2021..... 39
DI PATRIZIA COLAGIOVANNI
3. Luci e ombre della semplificazione del procedimento di controllo delle attività economiche, quale ultima frontiera della semplificazione amministrativa..... 59
DI ANTONELLA MANZIONE
4. Il silenzio assenso, dall’analisi di un istituto inefficiente a forme innovative di amministrazione..... 85
DI ANDREA NARDI
5. Tra Comune e comunità: appunti introduttivi sullo scioglimento degli enti locali per infiltrazioni mafiose..... 111
DI ANTONIO VISCOMI

Note

1. Convenzioni urbanistiche e rinegoziazione: il Consiglio di Stato esclude l’obbligo di provvedere del Comune in caso di pregresso grave e persistente inadempimento del lottizzatore nell’esecuzione delle opere di urbanizzazione (Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 11 novembre 2024, n. 9014)..... 121
DI ANNA LAURA RUM

INDICE GIURISPRUDENZA E CONTROLLO

Enti locali	
Corte costituzionale, 29 ottobre 2024 n. 183.....	133
Legge n. 86 del 2024	
Corte costituzionale, 3 dicembre 2024 n. 192	133
Lavoro pubblico	
Corte Suprema di Cassazione, Sez. Lavoro, 10 settembre 2024, n. 24289	134
Pubblica amministrazione	
Corte Suprema di Cassazione, Civile, Sez. III, 28 ottobre 2024 n. 27753.....	134
Giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti	
Corte Suprema di Cassazione, Civile, Sezioni Unite, 5 dicembre 2024, n. 31137.....	135
Enti locali	
Corte Suprema di Cassazione, Civile, Sez. Tributaria, 9 dicembre 2024, n. 31597.....	135
Provvedimento amministrativo	
Consiglio di Stato, sez. IV, 11 giugno 2024, n. 5241.....	135
Principio dell'autonomia finanziaria dei Comuni	
Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giurisdizionale, 5 agosto 2024, n. 620.....	136
Assistenza scolastica	
Consiglio di Stato, sez. III, 12 agosto 2024, n. 7089.....	136
Apertura sale da gioco	
Consiglio di Stato, sez. V, 12 agosto 2024 n. 7099.....	137
Enti territoriali	
Consiglio di Stato, sez. VII, 23 agosto 2024, n. 7220.....	138
Ambiente	
Consiglio di Stato, sez. IV, 30 agosto 2024, n. 7314.....	138
Pianificazione urbanistica	
Consiglio di Stato, sez. VII, 4 settembre 2024, n. 7382.....	139
Accordi di diritto privato e di diritto pubblico	
Consiglio di Stato, sez. IV, 5 settembre 2024, n. 7435.....	140
Pianificazione urbanistica	
Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2024, n. 7457.....	140
Funzione demaniale di un bene	
Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2024, n. 7473.....	141
Abuso edilizio	
Consiglio di Stato, sez. II, 9 settembre 2024, n. 7486.....	142
Titolo edilizio	
Consiglio di Stato, sez. II, 11 settembre 2024, n. 7523.....	142

Unioni dei Comuni	
Consiglio di Stato, sez. V, 17 settembre 2024, n. 7605.....	144
Concessioni amministrative	
Consiglio di Stato, sez. II, 19 settembre 2024, n. 7687.....	144
Pianificazione urbanistica	
Consiglio di Stato, sez. II, 19 settembre 2024, n. 7690.....	146
Locazione turistica breve	
Consiglio di Stato, sez. V, 2 ottobre 2024, n. 7913.....	146
SUAP	
Consiglio di Stato, sez. IV, 8 ottobre 2024, n. 8086.....	146
Intervento di nuova costruzione	
Consiglio di Stato, sez. VII, 9 ottobre 2024, n. 8113.....	147
Convenzione urbanistica	
Consiglio di Stato, sezione IV, 17 ottobre 2024, n. 8327.....	147
Titolato edilizio	
Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2024, n. 8474.....	148
Concessioni demaniali marittime	
Consiglio di Stato, sez. VII, 23 ottobre 2024, n. 8499.....	149
Pianificazione urbanistica	
Consiglio di Stato, sez. IV, 5 novembre 2024, n. 8854.....	149
Ordinanze contingibili e urgenti	
Consiglio di Stato, sez. V, 6 novembre 2024, n. 8864.....	149
Convenzioni urbanistiche	
Consiglio di Stato, sez. IV, 11 novembre 2024, n. 9014.....	150
Abuso edilizio	
Consiglio di Stato, sez. II, 19 novembre 2024, n. 9263.....	151
Concessioni amministrative	
Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9266.....	151
Giochi e scommesse	
Consiglio di Stato, sez. IV, 19 novembre 2024, n. 9301.....	153
Servizi pubblici	
Consiglio di Stato, sez. VII, 20 novembre 2024, n. 9323.....	154
Intervento di nuova costruzione	
C.G.A.R.S., sez. giurisdizionale, 26 novembre 2024, n. 926.....	154
Sicurezza del centro urbano	
Consiglio di Stato, sez. VI, 2 dicembre 2024, n. 9615.....	155
Pianificazione urbanistica	
Consiglio di Stato, sez. VI, 2 dicembre 2024, n. 9616.....	155
Servizi pubblici locali	
Consiglio di Stato, sez. V, 4 dicembre 2024, n. 9713.....	156
Pianificazione urbanistica	
Consiglio di Stato, sez. IV, 5 dicembre 2024, n. 9758.....	158

Intervento di nuova costruzione	
Consiglio di Stato, sez. III, 9 dicembre 2024, n. 9823.....	159
Pianificazione urbanistica	
Consiglio di Stato, sez. IV, 13 dicembre 2024, n. 10047.....	159
Procedimento amministrativo	
Consiglio di Stato, sez. II, 13 dicembre 2024, n. 10076.....	160
Procedimento amministrativo	
Consiglio di Stato, sez. V, 20 dicembre 2024, n. 10265.....	161
Procedimento amministrativo	
Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, sez. autonoma di Bolzano, 6 agosto 2024, n. 212.....	161
Pianificazione urbanistica	
Tar Puglia, Bari, sez. III, 6 settembre 2024, n. 967.....	162
Procedimento amministrativo	
Tar Veneto, Venezia, sez. I, 13 settembre 2024, n. 2160.....	162
Abuso edilizio	
Tar Campania, Napoli, sez. III, 16 settembre 2024, n. 4974.....	163
Pianificazione urbanistica	
Tar Campania, Napoli, sez. VII, 16 settembre 2024, n. 4982.....	166
Abuso edilizio	
Tar Campania, Napoli, sez. II, 18 settembre 2024, n. 5036.....	166
Titolo edilizio	
Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 19 settembre 2024, n.458.....	167
Diritto di accesso	
Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 19 settembre 2024, n. 748.....	167
Enti locali	
Tar Puglia, Lecce, sez. III, 20 settembre 2024, n. 1025.....	168
Enti locali	
Tar Campania, Napoli, sez. I, 20 settembre 2024, n. 5039.....	169
Classificazione delle vie pubbliche	
Tar Sicilia, Catania, sez. II, sentenza 23 settembre 2024, n. 3148.....	170
Ordinamento contabile	
Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 24 settembre 2024, n. 585.....	171
Abuso edilizio	
Tar Basilicata, Potenza sez. I, 30 settembre 2024, n. 479.....	171
Servizi sociali	
Tar Lombardia, Milano, sez. II, 1 ottobre 2024, n. 2533.....	173
Ordinanza contingibile e urgente	
Tar Campania, Napoli, sez. V, 2 ottobre 2024, n. 5187.....	173
AIA – Competenze sindacali	
Tar Lazio, Roma, sez. I quater, 7 ottobre 2024, n. 17214.....	173
Ordinanze contingibili e urgenti	
Genova, sez. I, 8 ottobre 2024, n. 647.....	174

Diritto di accesso del consigliere comunale ex art. 43 TUEL	
Tar Toscana, Firenze, sez. I, 10 ottobre 2024, n. 1143.....	175
Elezioni comunali	
Tar Marche, Ancona, sez. II, 11 ottobre 2024, n. 794.....	176
Contratti pubblici	
Tar Marche, Ancona, sez. I, 12 ottobre 2024, n. 799.....	177
Concorsi pubblici	
Tar Molise, Campobasso, sez. I, 14 ottobre 2024, n. 315.....	177
Apertura abusiva di farmacie	
Tar Lazio, Roma, sez. II, 16 ottobre 2024, n. 17899.....	177
Concessioni demaniali	
Tar Lazio, Roma, sez. II bis, 16 ottobre 2024, n. 17933.....	179
Ordinanze contingibili e urgenti	
Tar Sicilia, Catania, sez. I, 17 ottobre 2024, n. 3418.....	179
Titolo edilizio	
Tar Marche, Ancona, sez. II, 18 ottobre 2024, n. 809.....	179
Elezioni amministrative	
Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 24 ottobre 2024, n. 744.....	179
Titolo edilizio	
Tar Liguria, Genova, sez. II, 7 novembre 2024, n. 755.....	180
Ordinanze contingibili e urgenti	
Tar Toscana, Firenze, sez. IV, 8 novembre 2024, n. 1272.....	180
Sale da gioco	
Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 8 novembre 2024, n. 3083.....	181
Titolo edilizio	
Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, sez. unica, 12 novembre 2024, n. 166.....	182
Delibere consiliari	
Tar Marche, Ancona, sez. II, 13 novembre 2024, n. 887.....	182
Convenzioni urbanistiche	
Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 13 novembre 2024, n. 3185.....	183
Concessioni amministrative	
Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 14 novembre 2024, n. 916.....	183
Abuso edilizio	
Tar Lazio, Roma, sez. II stralcio, 14 novembre 2024, n. 20231.....	184
Titolo edilizio	
Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 15 novembre 2024, n. 6291.....	184
Circolazione stradale	
Tar Marche, Ancona, sez. I, 16 novembre 2024, n. 891.....	185
Organi comunali	
Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 18 novembre 2024, n. 3145.....	185
Circolazione stradale	
Tar Campania, Napoli, sez. V, 20 novembre 2024, n. 6388.....	186

Servizi sanitari	
Tar Lombardia, Milano, sez. V, 21 novembre 2024, n.3291.....	186
Occupazione abusiva di immobili pubblici	
Tar Campania, Napoli, sez. VII, 22 novembre 2024, n. 6453.....	187
Edilizia residenziale pubblica	
Tar Lazio, Roma, sez. V ter, 26 novembre 2024, n. 21258.....	188
Procedimento amministrativo	
Tar Campania, Napoli, sez. V, 2 dicembre 2024, n. 6732.....	188
Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione	
Tar Liguria, Genova, sez. I, 5 dicembre 2024, n. 843.....	188
Ordinanze contingibili e urgenti	
Tar Veneto, Venezia, sez. II, 9 dicembre 2024, n. 2931.....	189
Debiti dell'amministrazione fuori bilancio	
Tar Sicilia, Catania, sez. V, 23 dicembre 2024, n. 4224.....	189
Danno erariale	
Corte dei conti, sezioni riunite in sede consultiva, 28 ottobre 2024, n. 3.....	191
Danno erariale	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Puglia, 18 settembre 2024, n. 208.....	226
Danno erariale	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale per il Molise, 2 ottobre 2024, n. 34.....	226
Danno erariale	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Puglia, 4 ottobre 2024, n. 192.....	226
Danno erariale	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale per l'Emilia-Romagna, 16 ottobre 2024, n. 80.....	226
Danno erariale	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Basilicata, 23 ottobre 2024, n. 80.....	226
Danno erariale	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale per l'Abruzzo, 25 ottobre 2024, n. 124.....	227
Danno erariale	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Campania, 29 ottobre 2024, n. 529.....	227
Danno erariale	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale per l'Umbria, 29 novembre 2024, n. 53.....	227
Danno erariale	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale per il Veneto, 5 dicembre 2024, n. 234.....	227
Danno erariale	
Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Lombardia, 6 dicembre 2024, n. 190.....	228
Funzione consultiva	
Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 3 ottobre 2024, n. 18/SEZAUT/2024/QMIG..	228
Funzione consultiva	
Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 9 ottobre 2024, n. 17/SEZAUT/2024/QMIG..	229
Funzione consultiva	
Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, 31 ottobre 2024, n. 108/2024/PAR.....	229

Funzione consultiva

Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 11 novembre 2024, n. 19/SEZAUT/2024/QMIG.....	230
--	-----

Regione Siciliana

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Regione Siciliana, Indagine Referto “Finanza Locale Siciliana 2024”, 10 dicembre 2024, n. 319/2024/GEST.....	230
--	-----

Società partecipate

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Toscana, 13 dicembre 2024, n. 275/2024/PASP.....	231
--	-----

Società partecipate

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, 13 dicembre 2024, n. 249/2024/PASP.....	231
--	-----

Funzione consultiva

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l’Emilia-Romagna, 16 dicembre 2024, n. 137/2024/PAR.....	232
---	-----

Funzione consultiva

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per le Marche, 17 dicembre 2024, n. 161/2024/PAR.....	232
--	-----

Società partecipate

Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, 17 dicembre 2024, n. 251/2024/PAR.....	232
---	-----

GAETANO ARMAO - Professore associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo. Delegato del Rettore per la condizione di insularità, dirige il Master in "Progettazione europea" ed è autore di oltre 250 pubblicazioni. Avvocato cassazionista, è Presidente della Commissione tecnica-specialistica per le autorizzazioni ambientali della Sicilia ed è stato Vicepresidente della Regione Siciliana (2017-22)

PATRIZIA COLAGIOVANNI - Direttore Aeroportuale Milano Linate, già Dirigente Agenzia per la Rappresentanza Negoziabile delle Pubbliche Amministrazioni-ARAN

DANIELE DONATI - Professore associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Bologna

ANTONELLA MANZIONE - Consigliere di Stato

ANDREA NARDI - Avvocato, è dottorando di ricerca in Scienze giuridiche e politiche presso l'Università degli Studi Guglielmo Marconi. Ha svolto attività di docenza all'Università di Roma Tor Vergata

ANNA LAURA RUM - Avvocato, è Assistente di studio presso il Consiglio Superiore della Magistratura. È coautrice del volume *"La riforma dei contratti pubblici. Commento al d.lgs. 31.03.2023, n. 36"* e autrice di numerose pubblicazioni scientifiche in materia di diritto amministrativo, civile, fallimentare e penale

ANTONIO VISCOMI - Professore Ordinario di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro. Direttore del Centro di Ricerca "Transizione Digitale, Autonomie Negoziabili e Relazioni di Lavoro"

I Comuni non operano nella ionosfera*

DI SERGIO MATTARELLA

Rivolgo un saluto molto cordiale ai rappresentanti del Senato e della Camera, ai Ministri presenti, al Presidente della Regione, ringraziandolo per le sue parole; al Sindaco di Ascoli, al Presidente di ANCI Piemonte.

Un saluto particolarmente intenso alla città che ci ospita, Torino, e al sindaco Lo Russo.

Il saluto al Presidente Manfredi si unisce alle congratulazioni per la sua elezione, che lo pone a servizio dei quasi 8000 Comuni italiani. E questo saluto si unisce anche agli auguri di buon lavoro, che ha così ben iniziato - poc'anzi - con questa relazione.

Un saluto particolare a tutti voi, Sindaci e Amministratori qui presenti. Vi assicuro che, guardando, recate in questa sala una magnifica raffigurazione dell'Italia.

L'ANCI vive una nuova tappa della sua storia.

Con le sfide di oggi, con problemi sui quali ci si confronta da tempo, con il testimone che rappresenta il percorso compiuto negli anni dalla variegata schiera degli amministratori dei comuni italiani.

A tutti gli amministratori locali, dal Comune più piccolo alle aree metropolitane, va la vicinanza e l'apprezzamento della Repubblica per il loro impegno quotidiano.

La democrazia dei Comuni, la più vicina ai cittadini, è la radice basilare della democrazia del nostro Paese. Rappresenta la prima linea delle istituzioni della Repubblica.

Averne cura, farla crescere nella partecipazione, dare prova di un esercizio dei poteri efficace, rispettoso della libertà del confronto, è condizione di salute per l'Italia.

È un privilegio, ancor prima di essere una responsabilità, rappresentare e servire - come fate - le vostre comunità.

Il ruolo dei Comuni è cruciale, così come la loro funzione di rappresentare le attese delle rispettive comunità.

Sono l'espressione più emblematica i Comuni delle diversità italiane, simbolo - anche in questo - della libertà e della unità del nostro Paese.

I Costituenti vollero porre l'autonomia dei Comuni come perno di un pluralismo sociale e istituzionale.

Libertà e pluralismo come vettori di uno sviluppo della nuova Italia. Un'Italia in cui la partecipazione alle elezioni - dopo l'epoca del podestà nominato dal regime - rendeva i cittadini protagonisti effettivi.

Anche per questa ragione occorre adoperarsi, culturalmente e politicamente, perché la partecipazione al voto torni a salire.

In seno all'Assemblea costituente si discusse se qualificare i Comuni come enti autonomi o enti autarchici.

La definizione di "enti autarchici territoriali", tratta dal diritto amministrativo, venne respinta a maggioranza e il Presidente della Commissione dei 75, incaricata di redigere il testo della Costituzione, Meuccio Ruini, argomentò che "autarchia è meno di autonomia" e che, se fosse prevalsa, avrebbe appunto "diminuito la forza" dei Comuni.

La costruzione di un sistema di autonomie colloca i Comuni - è stato poc'anzi

* Intervento del Presidente della Repubblica alla cerimonia di apertura della 41ª Assemblea annuale ANCI - Associazione Nazionale Comuni Italiani

ricordato, come recita l'articolo 114 della Costituzione - al fianco dello Stato come elementi costitutivi della Repubblica, proprio in virtù, secondo una sentenza della Corte costituzionale del 2002, della "comune derivazione dal principio democratico e dalla sovranità popolare".

L'autonomia dei Comuni non è separatezza. È piuttosto una funzione della unità dell'Italia. L'ANCI è sempre stata ed è espressione di consapevolezza in questo senso, ponendo sempre i temi dell'uguaglianza e della solidarietà alla base della sua azione.

L'unità riguarda, infatti, i rapporti tra le istanze dei territori di ogni Comune. Gli squilibri producono successi effimeri e successive disillusioni.

La rete dei Comuni d'Italia è un formidabile tessuto di connessione su cui realizzare l'ordito di uno sviluppo equo e sostenibile.

I Comuni rappresentano uno snodo di programmazione e di rilancio dell'intero sistema Italia.

L'unità del Paese, del nostro Belpaese, trova oggi nelle aree interne e montane, in quelle delle isole minori, nei borghi resi periferie, un aspetto di fragilità, per la rarefazione dei servizi, lo smantellamento di infrastrutture realizzate con sacrificio in passato, come le linee ferroviarie definite "minori", con danno ulteriore. Un tema - quest'ultimo - non eludibile da chi ne ha la responsabilità.

Si tratta di luoghi che soffrono di una marginalizzazione che mette a rischio il futuro di tante parti d'Italia e, già oggi, incide negativamente sui diritti di cittadinanza dei suoi abitanti, quelli che il Presidente della Consulta di un tempo, Leopoldo Elia, definiva "cittadinanza sostanziale".

La Repubblica non può abbandonare territori e popolazioni così essenziali alla propria integrità e identità.

Parliamo di spazi che occupano il 60% del suolo d'Italia, dove vivono complessivamente 13 milioni di nostri concittadini.

Luoghi che sono ragione della cultura e del fascino attrattivo dell'Italia.

Luoghi dove si gioca - peraltro - anche la sicurezza dei territori della pianura, come ben sa questa regione, il Piemonte, ricordando l'alluvione di Alessandria del '94, esattamente trent'anni addietro.

Nella implementazione della indispensabile Strategia nazionale per le aree interne, un ruolo strategico lo gioca la cooperazione istituzionale.

A San Benedetto del Tronto, nel 2017, durante la Conferenza nazionale dei piccoli Comuni, l'ANCI lanciò l'Agenda del contro-esodo, sulla base della spinta venuta dall'Assemblea di Bari dell'anno precedente.

È tempo di bilanci su questo fronte. I territori non più presidati sono destinati a divenire, da risorsa, condizione critica, producendo un assurdo spreco di beni.

Un dialogo paritario è necessario per affrontare le questioni che si pongono e colgo parole del Presidente Manfredi nel ricordare, quanto affermato, che le materie rientranti nelle funzioni fondamentali degli enti locali non sono suscettibili di devoluzione a livelli di governo diversi dagli stessi Comuni.

La collaborazione tra le istituzioni è un dovere repubblicano.

Con chi costruire l'Italia dei prossimi decenni se non con i Comuni? È un'opera che richiede partecipazione corale e diffusa, concordia tra le istituzioni, convergenza delle istanze popolari.

La concordia è necessaria di fronte alle emergenze, purtroppo divenute frequenti.

Quando viene aggredito il principio di legalità.

Davanti a minacce al funzionamento e alla dignità delle istituzioni.

I Comuni non operano nella ionosfera.

Sanno quanto il contesto, anche internazionale, sia decisivo, quanto i conflitti in atto incidano sulla vita dei cittadini.

Quanto la prospettiva europea li riguarda.

Quanto le città siano motori di processi di comprensione, di dialogo, di cooperazione, di pace.

Lo abbiamo sperimentato con i gemellaggi dopo la Seconda Guerra mondiale tra paesi e città di nazioni fino a poco tempo prima avversarie.

L'Europa unita è il nostro spazio vitale. Lo spazio politico e istituzionale che ci consente una crescita futura.

L'Europa è oggi a un bivio.

Il futuro dei cittadini europei dipenderà dal coraggio delle scelte che il Consiglio e il Parlamento Europeo sapranno fare.

L'Unione, con la svolta del piano *Next Generation* e del *Green Deal*, ha dato prova di comprendere la necessità di rapidi passi avanti.

E i Comuni sono oggi al lavoro - come abbiamo poc'anzi ascoltato - nell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, attività che vede in campo risorse rilevanti poste a disposizione dall'Unione Europea.

Come sempre, il tema rilevante è quello delle somme disponibili e delle opzioni di spesa conseguenti, che il Parlamento consegna al Governo con la legge di bilancio.

Come è naturale, le scelte che i governi nazionali hanno fatto a Bruxelles con il Patto di stabilità si riflettono anche sui Comuni.

Non possiamo dimenticare che questi ultimi, in prima linea nel rapporto con i cittadini, sono chiamati a sovvenire ai bisogni più immediati ed elementari della popolazione.

Presidente Manfredi, lei ha indicato, poc'anzi, alcuni punti di un'agenda di confronto che non possono essere evasi: dalla casa ai servizi sanitari, ai servizi per le aree interne, alla sicurezza, ai trasporti, alla sostenibilità ambientale, ai giovani, alla finanza locale.

I Comuni, nell'ambito della spesa della Pubblica Amministrazione, in senso lato, risultano virtuosi. Lo riconoscono tutti i parametri di valutazione.

Non posso, quindi, che auspicare una fruttuosa interlocuzione.

Cari Sindaci,

le Amministrazioni comunali svolgono funzioni vitali per la Repubblica.

Il vostro impegno quotidiano, compresi i sacrifici personali di ciascuno, consente alle comunità di percorrere le loro strade e di lavorare per il domani.

La vostra - so bene - è un'attività di prossimità che vi rincorre ben oltre la soglia dei vostri uffici.

Una prossimità che è apertura al confronto e alla partecipazione popolare.

Una prossimità che è anche trasparenza.

Permettetemi anche per questo di rivolgere un pensiero ai Sindaci che ci hanno lasciati nel corso del loro mandato.

Per tutti, ciascuno meritevole di ricordo, un nome: Mirella Cerini, Sindaco di Castellanza, come sappiamo colta da un malore al termine della cerimonia del 25 aprile e morta con indosso la fascia tricolore.

Vi ringrazio per quel che fate.

Nelle recenti alluvioni - ad esempio - al fianco delle famiglie più colpite.

Nell'attività quotidiana per fronteggiare i bisogni delle vostre comunità.

Nella riflessione per progettarne il futuro.

I presupposti democratici della nostra Repubblica trovano alimento da questo impegno che sorge dal basso, dai quartieri, dai borghi divenuti periferie, dai luoghi più remoti, che vanno tenuti nel medesimo conto dei grandi centri.

Buon lavoro ai Sindaci. Auguri a tutti i Comuni d'Italia.

Buona Assemblea e buon futuro.

Revisione del TUEL e “coesione”

DI DANIELE DONATI

Che sia tempo di porre mano a una riforma degli enti locali, nessuno, in nessun ambiente (politico, istituzionale, tecnico, accademico), oramai dubita più.

Incentrata su un Testo unico concepito e approvato 25 anni fa, prima della riforma costituzionale del 2001, e poi – a più tratti emendato, accomodato, modificato in modo anche profondo: (si pensi per tutti alla legge 7 aprile 2014, n. 56, con la radicale trasformazione delle province e l’istituzione delle città metropolitane), l’attuale disciplina mostra i segni di un invecchiamento neanche precoce. Forse accelerata dall’impatto della pandemia del 20/21, che ancora lascia segni visibili in molte decisioni delle nostre amministrazioni locali, e poi del PNRR che arriva a stressare le capacità di pianificazione e spesa di molte realtà locali (col serio rischio di farne un’altra – e in questo caso esiziale occasione perduta), l’obsolescenza del quadro e direi dello spirito stesso che animava quelle norme appare oramai evidente e per certi versi insostenibile.

A ben vedere non sono mancati, nelle scorse legislature, tentativi anche ben motivati e orchestrati: si pensi, per tutti, a come fin dalla XVI legislatura si iniziò l’esame di un disegno di legge che prevedeva la delega al Governo per l’adozione di una vera e propria «Carta delle autonomie locali», in cui si intendevano riunire e coordinare sistematicamente le disposizioni statali relative agli enti locali.

Eppure, questo e tutti i tentativi seguenti sono andati falliti. Ed è quindi opportuno iniziare a ragionare – finché questa legislatura ha spazio e forza per realizzare una riforma così attesa – sulle patologie che hanno causato questi ripetuti insuccessi.

Di sicuro è evidente come, a questo punto, a guidare la mano del legislatore non possa essere l’intento di perseguire solo il coordinamento e la limatura formale delle norme sedimentatesi nel tempo, come candidamente si confessava in molte delle occasioni precedenti. Non serve, e anzi è decisamente controproducente, a questo punto, una logica di riforma “minima”, che non tarderebbe a rivelarsi miope, di corto respiro.

Altrettanto controproducente sarebbe continuare a muoversi per interventi disordinati, microchirurgici, rivolti a profili specifici, essendo proprio questi che hanno fatto del nostro ordinamento locale un mosaico a volte incoerente: penso in questo caso ai tentativi di stringere i tempi su una revisione della disciplina degli enti intermedi, quando la stessa richiede – evidentemente – una riflessione complessiva sul ruolo e quindi sulle competenze assegnate a ciascun livello del governo locale.

Si profila così l’importanza di muovere verso una revisione complessiva e unitaria del TUEL, in un confronto costante con i diversi attori coinvolti, a partire dai soggetti rappresentativi delle diverse realtà territoriali, evitando atteggiamenti rivendicativi o antagonisti tra questi, francamente sterili.

E avendo in mente – questo è a mio giudizio il punto cruciale dell’intero processo, su cui intendo soffermarmi – un’ “idea forte” e condivisa in base alla quale procedere.

Una simile impostazione era ben evidente nella stagione degli anni ’90, prolifica di riforme che hanno cambiato significativamente il nostro sistema, locale e non solo (e delle quali, come si è detto, oggi si dovrebbero ridiscutere diversi profili), quando ad animare i numerosi interventi che si succedevano era il dichiarato intento di fare della funzione amministrativa una funzione essenzialmente locale (Cassese).

A voler trovare oggi un’analoga idea-guida, mi pare ci si debba rivolgere al valore della «coesione». Lo dico, consapevole dei fin troppo frequenti richiami nel *lògos*

politico, ove viene diversamente aggettivata e raramente espressa in termini più puntuali, convinto che se ben compresa e declinata possa in effetti costituire la chiave di elaborazione prima e interpretazione poi di un ridisegno complessivo efficace e fertile dell'ordinamento locale.

Echi significativi, però, si hanno già in numerosi testi normativi. Ne sia prova, per tutti, il recente «Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» (decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201) che, nell'attribuire allo Stato l'individuazione delle funzioni fondamentali di indirizzo, controllo e regolazione in materia (ai sensi della lett. p dell'art. 117, 2° comma, Cost.), si premura di specificare come ciò debba avvenire al fine di assicurare appunto sia «l' omogeneità dello sviluppo» che, appunto, «la coesione sociale e territoriale». Né scriviamo queste righe inconsapevoli del fatto che lo «Schema di disegno di legge recante delega al governo per la revisione delle leggi sull'ordinamento degli enti locali» presentato al Consiglio dei ministri il 7 agosto 2023, testo in base al quale il Governo sta conducendo i propri confronti ed elaborando la propria proposta, si apre (art.1) affermando che detta legge «è volta a garantire la coesione sociale, territoriale e ordinamentale, nell'unità e indivisibilità della Repubblica».

È bene dunque far chiarezza su quale coesione si abbia in mente, visto che essa si pone – e virtuosamente – non solo come «l'anima e il cuore» del ddl (Ramajoli), ma prima ancora come chiave di interpretazione del sistema di governo multilivello che si va progettando.

Evocare l'esigenza di coesione significa ammettere finalmente l'esistenza di differenze intollerabili nel livello di sviluppo dei territori, elemento che a sua volta sollecita un'analisi attenta del profilo che si intende disegnare per dare consistenza e giusto ruolo a comuni, unioni di comuni, province e città metropolitane (e poi alle regioni stesse, in relazione al loro tessuto locale). A questo proposito, da tempo ho qualche perplessità sul continuo ricorso, nelle norme sull'ordinamento locale, al solo criterio demografico perché non credo che la consistenza della popolazione sia in sé stessa fattore determinante la capacità di un ente (così già Santi Romano nel 1908). Urge piuttosto un'analisi della capacità amministrativa degli enti locali, del territorio e della sua geografia per ambiti funzionali piuttosto che stretto nella finzione dei confini amministrativi (Nigro) e della popolazione che vi abita.

Ben altri sono allora i fattori da considerare, in una ricostruzione – anche per aggregazione – degli “ambiti ottimali” della mappa locale, laddove la migliore letteratura (non solo giuridica) sul tema consiglia di considerare e quindi amministrare considerando per i diversi territori

- la loro *omogeneità*, avendo in mente complessi spaziali con caratteristiche analoghe sotto diversi punti di vista (tra cui si la dimensione demografica, ma anche la densità e le caratteristiche economiche);
- la loro *interdipendenza*, ovvero gli scambi di persone, beni, flussi comunicativi che legano le diverse aree (si annoverano qui la pendolarità, le aree di gravitazione commerciale, industriale, del lavoro);
- la loro *morfologia*, ovvero la contiguità spaziale o l'appartenenza a medesimi sistemi di configurazione orografica o geografica in senso lato.

Prende corpo, in tal modo, quell'idea di *territorialità positiva* (Cabiddu, Endrici e Barbati) creatrice di valore se e in quanto capace di interconnessioni orizzontali e verticali, capace di superare l'attuale lettura in negativo, che al contrario si caratterizza per l'accento posto sui confini e i limiti, sull'autosufficienza di ogni ente, concepito come monade chiusa nel suo corredo competenziale. E si concretizza una lettura “multifattoriale” della coesione, territoriale, sociale ed economica che, sola, può farsi garanzia di crescita equilibrata e rispettosa delle vocazioni delle diverse comunità.

Insegna, in questo senso, l'evoluzione del concetto in sede europea, dove ha origine. L'esordio dell'espressione è nell'ordinamento prima della Comunità e poi dell'Unione europea, dove si è da subito evidenziato un «divario tra i livelli di sviluppo delle sue varie regioni». Da qui l'esigenza di interventi a favore di aree svantaggiate per ragioni economiche, di conformazione territoriale o demografiche. È in base a questa visione che si diede origine alla «politica degli investimenti», concretizzatasi fin dal Trattato di Roma del 1957 nell'introduzione del Fondo sociale europeo (FSE) e del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia (FEAOG) ai quali, a seguire, si aggiungono nel 1975 il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) e nel 1994 il Fondo (appunto) di coesione. Originariamente incentrata solo sul profilo economico e i mercati, mirava non solo a «uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione» ma anche al suo consolidamento politico, venendo a tradursi in misure che promuovevano la crescita economica, la creazione di posti di lavoro, la competitività delle imprese, il tutto nella convinzione che grazie a questi si sarebbero ridotte anche le disparità tra aree territoriali e, in ultima istanza e soprattutto, tra i cittadini. La previsione si rivelò erronea: la complessità alla base di quelle differenze era ben più articolata di quella che una loro lettura in chiave esclusivamente economica evidenziava e poteva contrastare, laddove ogni paese presentava, al confronto con gli altri e al suo interno, differenze sociali e strutturali insensibili a un intervento portato avanti soltanto con quegli strumenti.

È per queste ragioni che alla coesione economica si affianca quella sociale (art. 23 dell'Atto unico europeo del 1986 e Trattato di Maastricht del 1992) e poi quella territoriale (Trattato di Lisbona del 2007), a comporre le disposizioni di cui all'art. 130 e al Titolo XVIII («Coesione Economica, Sociale e Territoriale»), con gli articoli da 174 a 178) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. E a farne un vero e proprio *bene pubblico europeo*, strettamente connesso all'azione della UE.

Così, a una rinnovata consistenza delle risorse imputate ai Fondi europei (1/3 delle risorse previste nel bilancio UE), si accompagna una mutazione nei criteri adottati per la loro assegnazione (fattori di debolezza strutturale e sociale come la disoccupazione e la povertà diffusa, l'abbandono scolastico o la poca formazione, la piccola dimensione e la scarsa tenuta delle imprese, la mancanza di ricerca e innovazione, l'insufficienza delle infrastrutture). Il tutto, a culminare nel dispositivo di Ripresa e la Resilienza che, se pur ricade sugli stessi ambiti di intervento, presenta differenze evidenti, laddove i fondi per il *Next Generation EU* provengono da debito europeo "comune" e prevedono interventi articolati su piani nazionali che si configurano come "contratti di *performance*" e non meri programmi di spesa.

Ne risulta il fatto – di assoluto rilievo per la riforma di cui qui discutiamo – che tutta la politica europea muove oggi nel solco degli obiettivi di collaborazione multilivello, di connessione e integrazione tra territori e di un rafforzamento della posizione regionale in materia. Per parte sua, il documento a sostegno dell'Obiettivo europeo "Un'Europa giusta", promettendo nuove e prospettive di inclusione a tutti gli ambiti locali e ai cittadini Europei, invita i *policy makers* a promuovere modelli di sviluppo policentrici, capaci di valorizzare il ruolo dei diversi livelli di governo, liberando il potenziale dei territori, resi ora capaci di affrontare le difficoltà e gli ostacoli della contemporaneità attraverso approcci cooperativi integrati. In altri termini, non è più tempo di "verticalità" autoreferenziali, o addirittura antagoniste. Nel documento si esprime quindi – coerentemente – l'obiettivo di promuovere la valorizzazione di aree funzionali alle quali partecipano città di dimensioni differenti, sancendo un approccio di una *governance* integrata multilivello, con ricadute in particolare sulle autonomie regionale e locale, in dialogo con gruppi sociali differenti, le forze economiche e sindacali.

Coerentemente, *The New Leipzig Charter*, documento chiave per lo sviluppo urbano sostenibile in Europa, adottato dai Ministri competenti il 30 novembre 2020 durante la presidenza tedesca dell'Unione, evidenzia come le città debbano stabilire e attuare strategie di sviluppo urbano sostenibili e integrate in senso allargato, comprensivo delle rispettive aree funzionali e limitrofe, ovvero ambiti interconnessi dal punto di vista spaziale ed economico.

E ancora nella prospettiva della Politica di Coesione europea, l'Accordo di Lubiana,

adottato il 26 novembre 2021 dai ministri dell'UE responsabili per le questioni urbane, ha avviato una nuova fase di sviluppo dell'Agenda Urbana Europea, all'interno del quale risalta una forte attenzione all'inclusione delle città di piccole e medie dimensioni finalizzata a renderle partecipi delle nuove forme di cooperazione multilivello.

Tutti questi orientamenti sono stati recepiti nella politica di coesione 2021-2027 in forza dell'obiettivo trasversale (OP) 5 "Un' Europa più vicina ai cittadini", con il quale si supportano strategie di investimento integrate attraverso l'individuazione di quelle aree territoriali rilevanti (es. città, aree rurali, aree metropolitane e aree funzionali) nelle quali la popolazione lavora e vive, e quindi si sposta quotidianamente. E ciò al punto che per il periodo il 2021-2027, ogni Stato membro ha dovuto riservare almeno l'8% del FESR a strategie di sviluppo locale di città di ogni dimensione e delle relative aree metropolitane e/o aree funzionali.

La valorizzazione di queste interconnessioni a livello Europeo è affrontata anche dal programma ESPON all'interno del *Thematic Action Plan Governance of New Geographies*. La ricerca si propone di indagare le aree funzionali come principio di programmazione della Politica di Coesione 2021-27 per quanto riguarda lo sviluppo territoriale integrato come delineato negli obiettivi dell'Iniziativa Urbana Europea. In questa ottica assumono rilevanza realtà che esulano dagli stretti confini amministrativi ma che possono essere legate da funzioni e sfide comuni da affrontare.

Ora, tornando a rivolgere l'attenzione al nostro ordinamento, buona parte della nostra dottrina sostiene che la coesione sia già, e a pieno titolo, un principio costituzionale. Nella nostra Carta il termine «coesione» è menzionato una volta, al comma 5 dell'art. 119, ove si prevede che «per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona (...), lo Stato possa destinare risorse aggiuntive ed effettuare interventi speciali «in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni».

La previsione si riferisce a un intervento eccezionale, non organico o sistemico, ma diventa nei fatti il fondamento per la creazione dell'Agenzia per la coesione territoriale (art. 10 decreto-legge 31 agosto 2031, n. 101) per facilitare la cooperazione delle istituzioni e l'instaurazione di *partnership* tra i diversi soggetti per «eliminare il divario territoriale all'interno del Paese e rafforzare la capacità delle amministrazioni» territoriali. Di recente l'Agenzia è stata trasformata in Dipartimento della PdCM (artt. 50 e 51 decreto legge 2023, n. 13) «al fine di assicurare un più efficace perseguimento» delle finalità di cui all'articolo 119. 5 Cost. soprattutto per favorire l'integrazione tra le politiche di coesione e il PNRR.

Fin qui, al di là della formulazione testuale, ci si muove in un'idea tutta inter-istituzionale e finanziaria della coesione.

A ben vedere, è però facile vedere come la vera base su cui si basa il principio costituzionale della coesione sia l'art. 2 della Carta fondamentale ove richiede «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». È così che si giunge all'affermazione di un sistema necessariamente solidale orientato a una coesione tra individui che diviene elemento caratterizzante le dinamiche interne alle collettività e anche della relazione istituzioni, pur non senza travagli interpretativi e, soprattutto, applicativi, relativi al ruolo e alle forme del loro impegno.

Se nella prima redazione dell'art. 117 Cost (come limite alla potestà legislativa regionale) era richiamato l'interesse nazionale e «quello di altre Regioni», dopo la riforma costituzionale del 2001 si può leggere nel complesso delle disposizioni una linea coerente, a partire da una possibile riscoperta dell'interesse nazionale all'art. 5 Cost., e poi nel disegno di un sistema non più articolato in livelli di governo di rango diverso e ben distinti nella loro posizione in senso (quasi) gerarchico bensì verso un sistema di pluralismo paritario tenuto assieme già menzionati principi di leale collaborazione (art. 120 Cost.) e di sussidiarietà verticale (art. 118 Cost. commi 1-2).

Il tutto – in termini concreti – sembra potersi tradurre nella verifica del possibile equilibrio tra coesione e differenziazione, che solo letture superficiali vedono in conflitto, e che invece ci impone di muovere tra dinamiche mirate a rafforzare le aree più deboli e

la giusta aspirazione delle eccellenze territoriali promuovendo la loro ulteriore crescita.

Prende corpo, inoltre, una lettura più consistente dell'adeguatezza che – partendo da una conoscenza attenta e articolata dei territori – chiede al legislatore di disegnare gli strumenti più idonei a perseguire un effettivo sviluppo economico sociale dei diversi ambiti locali e, quindi, del Paese.

Il tutto, in ultima istanza, con l'obiettivo di perseguire vera uguaglianza e il contrasto al bisogno, obiettivo ultimo della coesione. E per «fare della diversità territoriale un punto di forza» nella prospettiva di una «crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» (così il *Libro verde sulla coesione territoriale*, comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato delle Regioni e al Comitato economico e sociale europeo del 6 ottobre 2008), perseguendo non l'omologazione, ma – a parità di garanzie – la valorizzazione delle vocazioni territoriali e delle identità locali, che solo l'effettività e direi la specialità dell'autonomia consegnata ai diversi enti differenziati può assicurare.

NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici. Aste e cataloghi elettronici*.

SOMMARIO: 1. La revisione del Codice dei contratti pubblici del 2023 mediante intervento normativo correttivo. 2. La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici nel correttivo al Codice. 3. Le aste pubbliche nel contesto dell'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale 4. I cataloghi elettronici 5. La resilienza della disciplina codicistica in materia di aste elettroniche e cataloghi elettronici.

DI GAETANO ARMAO

ABSTRACT: Il contributo analizza le revisioni normative introdotte con i decreti legislativi inerenti la disciplina dei contratti pubblici, con un particolare focus sulla digitalizzazione dell'intero ciclo di vita del contratto pubblico, dalla programmazione all'esecuzione. Ciò guardando alla *ratio* dell'opera del legislatore, che intende realizzare una profonda grande trasformazione dell'amministrazione pubblica andando a sanare le attuali criticità sotto il profilo digitale, con uno sforzo collettivo per nuovi investimenti nelle risorse umane da impegnare su tali ambiti e la professionalizzazione nell'utilizzo di strumenti innovativi quali le aste ed i cataloghi elettronici.

ABSTRACT: *The contribution analyses the regulatory revisions introduced by the legislative decrees governing public contracts, with a particular focus on the digitalisation of the entire public contract life cycle, from planning to execution. This is done by looking at the rationale of the legislator's work, which intends to bring about a profound transformation of the public administration by rectifying the current criticalities under the digital profile, with a collective effort for new investments in human resources to be committed to these areas and the professionalisation in the use of innovative tools such as the e-leases and electronic catalogues.*

1. La revisione del Codice dei contratti pubblici del 2023 mediante intervento normativo correttivo.

La legge 21 giugno 2022, n. 78, come noto, ha conferito al Governo la delega⁽¹⁾ ad adottare uno o più decreti legislativi recanti la riforma della disciplina dei contratti pubblici. Sulla base di tale delega legislativa il Governo ha emanato il decreto legislati-

* Alcune delle parti di questo contributo sono destinate al *Commentario al Codice dei contratti pubblici* a cura di S. CIMINI ed A. GIORDANO, in c.so di pubblicazione per i tipi di Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2024.

1 Sul complesso e mutevole istituto giuridico della delegazione legislativa si vedano, nell'ampia dottrina, i recenti contributi di A. ALBERTI, *La delegazione legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Torino, Giappichelli, 2015; U. RONGA, *La delega legislativa. Recente rendimento del modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; M. MICHETTI, *Procedimento legislativo e decisione politica. Itinerari regole prassi*, Torino Giappichelli, 2023.

Tali recenti studi sottolineano con nitore il fenomeno della progressiva torsione dell'istituto rispetto al modello delineato dalla Costituzione e dalla l. n. 400 del 1988 con il progressivo rafforzamento del ruolo del Governo nel delineare l'indirizzo dell'attività normativa, mentre il Parlamento, al quale dovrebbe spettare integralmente tale funzione, viene relegato ad un ruolo comprimario ed ancillare, che recepisce dal primo gli stessi indirizzi da fornire, spostando, in tal guisa, in modo evidente la funzione di indirizzo in favore dell'esecutivo.

vo 31 marzo 2023, n. 36, recante “Codice dei contratti pubblici”⁽²⁾.

All’ultima parte del medesimo art. 1, quarto comma, ha altresì previsto, seguendo una prassi ormai consolidata, un’ultrattività biennale di tale delega consentendo di provvedere, così, entro il periodo decorrente dalla data di entrata in vigore del citato decreto legislativo, ad apportare al codice, con le medesime ed accelerate procedure approvative, le correzioni ed integrazioni che l’applicazione abbia indotto a ritenere opportune ed eventualmente necessarie nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi declinati dalla delega⁽³⁾.

Con uno schema approvato nella seduta del 21 ottobre 2024 il Consiglio dei ministri⁽⁴⁾ ha ritenuto di avvalersi della facoltà concessa dalla citata delega, con l’obiettivo, enunciato già nella relazione, di realizzare la (evidentemente ulteriore) “razionalizzazione e semplificazione della disciplina recata dal vigente codice dei contratti pubblici”⁽⁵⁾.

Un dato prioritario emerge dalla scelta del legislatore delegato: la redazione del Codice, e la sua integrazione e correzione, “sono state, in concreto, operate, in parte, seguendo procedure sostanzialmente diverse”, ed infatti se nella predisposizione dello schema del codice Governo si è avvalso della facoltà, riconosciuta, alla stregua delle previsioni dell’art. 14 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, e poi conferita, con integrazioni prescrittive, dalla legge delega, di affidare al Consiglio di Stato, in sede consultiva, l’elaborazione dello schema normativo, “di tale facoltà, per contro, il Governo non ha inteso avvalersi ai fini della predisposizione dello schema di decreto in esame”. In tal senso si è espresso in sede consultiva il Consiglio di Stato, nell’Adunanza della Com-

2 Tra i principali commentari al Codice del 2023 si vedano C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici: annotato articolo per articolo D.lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023; U. REALFONZO, R. BERLOCO (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, I-II, Palermo, Grafill, 2023; V. FANTI (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023; M. CORRADINO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici. Commento al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Milano, Giuffrè, 2023; F. MANGANARO, N. PAOLANTONIO, F. TIGANO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023)*. Documento gruppo di lavoro AIPDA, Messina, Messina University Press, 2024; R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2024; M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) con i nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2024; R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*. D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, Pisa, Pacini, 2024.

3 La norma in argomento aggiunge altresì, garantendo in tal guisa uno spazio ulteriore all’apporto consultivo parlamentare al testo governativo del c.d. “correttivo” laddove sia presentato nell’imminenza dello scadere del termine concesso, che: “qualora il termine per l’espressione del parere parlamentare scada nei trenta giorni che precedono la scadenza dei termini di delega previsti dal presente articolo o successivamente, questi ultimi sono prorogati di tre mesi”

4 Giova ricordare che un intervento correttivo si prospetta sin dall’inizio dell’anno. A tal uopo, infatti, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha avviato la consultazione pubblica alla quale risultano aver partecipato da luglio scorso 94 stakeholders, di cui 77 operatori privati e 17 soggetti pubblici, che hanno presentato circa 630 contributi.

5 Così si evince 8 fatti dalla relazione allo schema di decreto legislativo ove si precisa che il c.d. “correttivo” intende tener conto: “delle principali esigenze rappresentate dagli stakeholders del settore, nonché delle richieste, presentate in sede europea, di modifica e integrazione di taluni istituti giuridici introdotti, al fine sia di scongiurare sia l’avvio di nuove procedure di infrazione da parte della Commissione europea sia di risolvere quelle eventualmente già in essere” e precisando che tale nuovo intervento di regolazione della fattispecie ha quale specifico intendimento il recepimento delle “principali affermazioni giurisprudenziali formati all’indomani dell’acquisto di efficacia del vigente codice – assicurando, in tal modo, una uniforme applicazione di tali principi -, soprattutto relativamente ad alcune aree tematiche ed applicative particolarmente rilevanti, quali ad esempio, la “revisione prezzi”, il concetto di “equivalenza”, riferito alle tutele in materia di contratti collettivi nazionali di lavoro, il principio dell’equo compenso, così come operante nell’ambito degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura”.

missione speciale del 27 novembre 2024⁽⁶⁾.

Conclusa l'acquisizione dei pareri da parte delle competenti commissioni parlamentari, nel solco del ricordato procedimento di esercizio della delega legislativa conferita, il Governo ha emanato il decreto legislativo correttivo che ha così concluso il lungo percorso di nuovo recepimento delle direttive europee in materia di lavori, forniture, servizi e concessioni del 2014, per le quali, tuttavia, è già in corso l'iter per la modifica a livello europeo ed al quale conseguirà, dopo l'entrata in vigore del nuovo diritto unionale in materia, il recepimento da parte del legislatore italiano⁽⁷⁾.

Lo schema di decreto legislativo c.d. correttivo è stato approvato dal Consiglio dei ministri ed emanato con il d.Lgs. n. 209 del 31 dicembre 2024, recante "Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36"⁽⁸⁾.

2. La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici nel correttivo al Codice.

Le principali novità del Codice dei contratti pubblici in tema di digitalizzazione hanno riguardato l'obbligo in capo alla stazione appaltante o un ente concedente di utilizzo delle piattaforme telematiche per la gestione di tutte le fasi del ciclo di vita dei contratti pubblici⁽⁹⁾, la previsione di una Banca dati nazionale dei contratti pubblici, nonché un nuovo regime, sostanziale e processuale, del diritto d'accesso⁽¹⁰⁾. L'obiettivo è la realizzazione del e-procurement, del passaggio alla piena digitalizzazione del ciclo

6 Cfr. Consiglio di Stato, Parere sullo "Schema di decreto legislativo recante "Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36", n. 01427/2024.

Al riguardo il supremo consesso evidenzia che "il positivo riferimento alla "stessa procedura" rende chiaro che gli "adempimenti del procedimento prescritti dalla legge di delegazione" (cfr. articolo 14, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400) sono definiti, relativamente all'intervento normativo correttivo ed integrativo in esame, per relationem, con l'unitario e comprensivo richiamo alla medesima sequela formale scandita per l'esercizio della delega", osservando, non senza notazioni critiche che, "sul punto, la scelta non si sottrae a qualche profilo di criticità logico-giuridica" poiché "la scansione formale dell'intervento correttivo ed integrativo avrebbe verosimilmente dovuto mimare, di fatto, la stessa sequita (rendendo coerente, in via definitiva, la relativa opzione) nella predisposizione del "Codice", anche con riguardo al ruolo del Consiglio di Stato" e segnalando "il rischio, potenzialmente rilevante ai fini di un eventuale sindacato di legittimità formale, in ordine al rispetto della legge di delegazione".

7 Come risulta, infatti, dalla Relazione speciale 28/2023: Appalti pubblici nell'UE-Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011 - 2021 della Corte dei conti europea, in <https://www.eca.europa.eu/it/publications?ref=SR-2023-28>, "la concorrenza per i contratti pubblici è diminuita e che la riforma del 2014 delle direttive dell'UE non è riuscita manifestamente ad invertire tale tendenza" e che "che gli obiettivi fondamentali della riforma del 2014 delle direttive dell'UE volta a garantire la concorrenza, ad esempio semplificando e abbreviando le procedure di aggiudicazione degli appalti, non sono stati raggiunti e che alcuni di essi potrebbero anche ridurre la concorrenza". La Corte ha inoltre sottolineato la bassa percentuale di appalti aggiudicati alle PMI e un ricorso insufficiente agli appalti pubblici strategici.

Nelle Conclusioni del Consiglio europeo sulla relazione speciale n. 28/2023 della Corte dei conti europea "Accrescere la concorrenza leale ed efficace negli appalti pubblici di lavori, beni e servizi aggiudicati nell'UE", (C/2024/3521) del 24 maggio 2024, esorta la Commissione: "ad adottare un piano d'azione strategico in materia di appalti pubblici a livello di UE che contempra le tappe future a livello dell'UE, se del caso in cooperazione con gli Stati membri" invitando quest'ultima e gli Stati membri: "ad avviare senza indugio questi lavori e sollecita il completamento del piano d'azione strategico a livello di UE entro un termine ragionevole per orientare e informare un programma di revisione e riforma della situazione degli appalti nell'UE al fine di affrontare le questioni e le preoccupazioni sollevate nelle presenti conclusioni del Consiglio" cfr. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ:C_202403521.

8 Pubblicato sulla, sulla GURI n. 305/2024 (SO 45), entrato in vigore dalla data stessa di pubblicazione.

9 Per ciclo di vita dei contratti pubblici deve intendersi, ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. p) dell'allegato I.1. al Codice, come l'«insieme delle attività, anche di natura amministrativa e non contrattuale, che ineriscono alla programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione del contratto».

10 La dottrina ha offerto molteplici riflessioni in materia, che saranno richiamati nelle note che seguono, per i primi commenti sulle norme relative alla digitalizzazione del Codice del 2023 si vedano G. CARLOTTI, *I principi nel codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; P. CLARIZIA, *La digitalizzazione*, in *GDA* 3/2023, 302-310; M. GUARINO, *La digitalizzazione nei contratti pubblici*, in *Rivista Corte dei conti*, 4/2024, 69 e ss..

Più in generale v. B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, *La digitalizzazione degli appalti e dei contratti pubblici* Torino, 2024; A. MASSARI, G. SORRENTINO, *La digitalizzazione degli appalti pubblici*, S. Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2024.

di vita del contratto pubblico, dalla programmazione all'esecuzione⁽¹¹⁾.

Il Codice, in tal guisa, introduce rilevanti importanti innovazioni: l'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale, diviene uno modulo indispensabile, sia per le amministrazioni che per gli operatori economici, per l'affidamento e la gestione dei contratti pubblici.

Trattasi di un percorso, quello della ineludibile modernizzazione digitale⁽¹²⁾, che proprio per le intrinseche caratteristiche di quest'ultimo, è e sarà ancora costituito di luci ed ombre, di eccellenze e di ritardi⁽¹³⁾, di successi e di fallimenti, nel sempre travagliato e complesso incedere delle riforme amministrative strutturali⁽¹⁴⁾.

Non può revocarsi in dubbio che la responsabilità di questo essenziale cambio di passo sia affidato alle istituzioni politiche ed alle stesse pubbliche amministrazioni, chiamate ad adeguare strutture e modalità operative alle nuove tecnologie ed a sfruttarne appieno le grandi potenzialità.

Come opportunamente sottolineato, più che di "transizione", sarebbe bene disquisire, al fine di meglio interpretare il profondo mutamento di paradigma sancito dal modo in cui l'Unione europea ha deciso di affrontare l'ultima fra le tante crisi che si è trovata ad attraversare nella sua storia - di "trasformazione digitale", la semplice transizione delle attuali procedure in formato digitale "sarebbe infatti solo un cambiamento di forma, che aggiungerebbe ben poco in termini di efficienza e di efficacia. La trasformazione digitale richiede invece una profonda riorganizzazione delle strutture e una altrettanto radicale reingegnerizzazione delle procedure, dei prodotti e dei servizi che la società si attende da un'amministrazione pubblica efficiente"⁽¹⁵⁾.

Sicché, non si tratta, quindi, di evocare un'agevole palingenesi autopoietica, ma di realizzare una profonda, quanto faticosa, grande trasformazione di un'amministrazione pubblica purtroppo frammentaria, invecchiata, poco alfabetizzata sotto il profilo

11 Tra i primi studi sugli acquisti elettronici delle amministrazioni pubbliche v. E. D'ALTERIO, *Acquisti delle pubbliche amministrazioni e Consip S.p.A.: luci e ombre, in astrid-online.it*, 2010, successivamente sulle previsioni del codice del 2016 si vedano F. CARDARELLI, *Procedure telematiche*, in A.M. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (dir. da), *Trattato sui contratti pubblici*, III, Milano, Giuffrè, 2019, 181 e ss., F. DI LASCIO, *Appalti elettronici e aggregati*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino Giappichelli, 2019, 141 e ss., più recentemente, M. PIGNATTI, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 12, 2022. Da consultare altresì *La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici-Lanalisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive delle-procurement*, in *Rassegna astrid*, n. 8/2020 e *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, 27 maggio 2020, p. 6 in *www.anac.it*.

12 Sulla quale, per una più estesa analisi di contesto, si rinvia a R. CAVALLO PERIN, D. U. GALETTA (a cura di), *op. cit.*, e, più recentemente, L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Un'introduzione*, Bologna, 2023.

13 Prova ne è che, se la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione costituisce un obiettivo comune anche ai Paesi di altri paesi europei, altri Stati membri hanno concentrato la loro attenzione su misure di seconda o di terza generazione. La Francia ha inserito, ad esempio, la "Digital Transformation" nel contesto del pilastro "Competitiveness" del relativo Piano. Analogamente anche la Germania ha previsto la digitalizzazione tra i propri obiettivi. Pur sussistendo rilevanti differenze rispetto al Piano italiano. Come osservato, infatti, gli interventi previsti attengono, più che alla digitalizzazione dei servizi pubblici, ad altre aree: a titolo esemplificativo, si sono ricordati: la creazione del *Bundeswehr Digitalisation and Technology Research Center*, la digitalizzazione delle ferrovie e i programmi di alfabetizzazione digitali. Le delineate divergenze di approccio sono state giustificate in ragione "del ritardo accumulato dall'Italia in questo settore: le riforme che devono essere attuate, dunque, sono quantitativamente superiori e partono, per così dire, dalle fondamenta, come l'estensione dello SPID e della CIE per l'accesso ai servizi. In questa medesima ottica si comprende anche il perché di un ammontare maggiore di risorse destinate dal Piano italiano al processo di digitalizzazione rispetto a Francia e Germania". Cfr. in tal senso B. BARMANN, *Lo Stato Digitale nel PNRR-Servizi Digitali e Cittadinanza Digitale*, in *www.irpa.eu*.

14 La relazione illustrativa al codice espressamente ricorda che: «la digitalizzazione della pubblica amministrazione rappresenta la vera grande sfida dei prossimi anni per realizzare, in chiave moderna, la riforma del sistema economico-sociale e per essere, quindi, pronti a creare e a utilizzare la nuova fonte di ricchezza e di conoscenza rappresentata dai "dati". Nell'ambito di tale tema la digitalizzazione dei contratti pubblici risulta fondamentale, non solo per realizzare una vera transizione digitale, ma anche per il rilancio del Paese. Non a caso tra gli obiettivi più rilevanti del Piano nazionale di ripresa e di resilienza c'è proprio quello di "definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività" (M1C1-70)».

15 Così L. TORCHIA, *Prefazione*, in V. BONTEMPI (a cura di), *Lo Stato digitale nel piano nazionale di ripresa e resilienza*, Roma, il Mulino, 2022, 12.

digitale, per molti versi demotivata, intimorita dalla “paura della firma”⁽¹⁶⁾.

Il che consente di giungere ad una conclusione, purtroppo assai consolidata, sulla imprescindibile rilevanza della sua modernizzazione, del ricambio delle risorse umane e del rafforzamento professionale all'interno dell'amministrazione⁽¹⁷⁾.

Va segnalato preliminarmente che, con la delibera n. 582 del 13 dicembre 2023 il Consiglio dell'ANAC ha approvato il Comunicato adottato d'intesa con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che fornisce indicazioni relative all'avvio del processo di digitalizzazione.

In particolare, l'ANAC ha chiarito che la normativa sulla digitalizzazione prevista dal nuovo codice dei contratti pubblici, acquista piena efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024 per tutte le procedure di affidamento, comprese quelle avviate alla stessa data nell'ambito del PNRR, nonché stabilisce che le piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti ed enti concedenti, devono essere certificate, secondo le regole tecniche di AGID⁽¹⁸⁾ e dello schema operativo⁽¹⁹⁾, ed interoperabili; a tal fine, è attivata dall'ANAC la Piattaforma dei Contratti Pubblici (PCP)⁽²⁰⁾.

Giova ricordare, per i fini che ci riguardano, che l'asta elettronica costituisce un procedimento elettronico per la valutazione delle offerte, il quale può intervenire nel corso di diverse procedure (anche tradizionali) al fine di individuare l'offerta vincitrice, tramite meccanismi di rilancio⁽²¹⁾.

In altre parole non si tratta di una procedura a sé stante⁽²²⁾, bensì di uno strumento digitale di negoziazione delle offerte, che consente una valutazione automatica delle stesse, in base all'elemento del prezzo o sulla base di altri elementi quantitativi, nella fase dell'asta, favorendo, in tal senso e nel pieno rispetto del principio del risultato stabilito dall'art. 1 del medesimo codice, la concorrenza, la trasparenza, la riduzione dei prezzi e la contrazione dei tempi di espletamento delle gare⁽²³⁾. Tuttavia, restano escluse dall'ambito di applicazione delle aste elettroniche gli appalti di servizi e di lavori ad oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, che in quanto tali non possono essere classificati in base ad un trattamento automatizzato, cui si può ricorrere soltanto per accertamenti traducibili in termini matematici.

Va richiamato al riguardo, al fine di meglio inquadrare la fattispecie in esame, il chiaro orientamento della giurisprudenza amministrativa alla stregua della quale: “le piattaforme informatiche (...) garantiscono la piena tracciabilità dei dati immessi in procedura e della tempistica del relativo trattamento [e] di fatto rendono conoscibili tutte le fasi della procedura e tutti gli atti che in essa sono confluiti, con piena garanzia di immodificabilità, segretezza e inviolabilità delle offerte”⁽²⁴⁾.

Si tratta, quindi, di quella chiara scelta verso le piattaforme digitali in guida da garantire certezza e prevedibilità all'attività delle stazioni appaltanti attraverso procedure telematiche che possano contribuire a rendere più efficiente l'individuazione del miglior contraen-

16 Appare evidente che, la digitalizzazione può svolgere una funzione giustapposta, in tal senso, a riguardo si veda G.M. RACCA, *La “fiducia digitale” nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2023, 357 ss..

17 Con l'obiettivo evidente di un'amministrazione più efficiente. In merito si vedano, da ultimo, le considerazioni di D. U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare*, in *www.federalismi.it*, 7/2022, 103 ss..

18 Provvedimento AGID n. 137/2023.

19 Pubblicato sul sito di AGID il 25 settembre 2023; All. 2 aggiornato al 14 novembre 2023.

20 Per maggiori approfondimenti su tali profili si rinvia ad A. CARULLO, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *www.federalismi.it*, 19/2023, 110 e ss..

21 In questo senso B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, cit., 92.

22 Cfr. F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. Giustiniani (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici: commento organico al D.Lgs 18 aprile 2016*, n. 50, Roma, Dike Giuridica, 2016, 150 e ss..

23 C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *op. cit.*, 267 ss., spec. 300..

24 In tal senso espressamente TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 30 novembre 2021, n. 7692.

te, ma anche rafforzare la trasparenza delle procedure che a tale individuazione presiedono e che si ricollega direttamente agli orientamenti del diritto secondario unionale⁽²⁵⁾.

Tra le previsioni del d.lgs. n. 209 del 2024 che incidono sulla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti vanno ricordate quelle preordinate all'accelerazione e semplificazione dell'alimentazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico ("FVOE"), giusta le previsioni dell'art. 24, terzo comma, del Codice, al fine di meglio precisare le regole sulla certificazione delle piattaforme (pubbliche o private) che consentono alle stazioni appaltanti di connettersi alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici ("BDNCP") ai sensi dell'art. 26, commi 1-3, del Codice, per il riparto di attività tra il RUP ed i funzionari degli adempimenti da svolgere ai fini del caricamento dei dati sulla BDNCP e per semplificare il funzionamento del casellario informatico (art. 2, primo comma, dell'all. I.2 del Codice), come pure per la progettazione informatica e l'applicazione del c.d. "BIM", in riferimento alle quali viene innalzata la soglia da 1 milioni a 2 milioni di euro per l'obbligo di progettazione informatica decorrente a partire dal 1° gennaio 2025⁽²⁶⁾.

Vanno infine annoverate tra le innovazioni, ma si tratta di disposizioni da considerare a compendio della progressiva trasformazione del sistema in una prospettiva digitale, quelle relative all'art. 41 codice dei contratti pubblici del 2023. In particolare, con il precipuo obiettivo di garantire la piena attuazione delle disposizioni in materia di digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, si introduce una modifica del sesto comma, concernente il progetto di fattibilità tecnico economica (PFTE) che, giusta la novella, deve contenere i riferimenti puntuali all'eventuale uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni di cui all'art. 43 del Codice e deve recepire, nelle ipotesi di adozione di metodi e strumenti di gestione informativa digitale, i requisiti informativi sviluppati per il perseguimento degli obiettivi di livello progettuale e definiti nel capitolato informativo allegato al documento di indirizzo della progettazione⁽²⁷⁾.

In disparte resta poi la questione dell'applicazione alle procedure ad evidenza pubblica digitali dell'intelligenza artificiale⁽²⁸⁾, legata soprattutto ai caratteri di opacità di quest'ultima che appare arduo conciliare con i principi generali di pubblicità, motivazione e giustiziabilità che presiedono allo svolgimento dell'azione amministrativa in materia⁽²⁹⁾ e che, più opportunamente, occorrerà ricondurre all'evoluzione dell'ordinamento

25 Considerazioni richiamate da B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir., Funzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2022, 91 e ss..

26 Come noto per l'applicazione delle tecnologie digitali alla progettazione il percorso è risultato assai accidentato già a far data dal codice del 2016, essendo stata offerta attuazione alla previsione del comma 13 dell'articolo 23 inizialmente con il d.m. 1 dicembre 2017, n. 560, e successivamente, di fronte alle perduranti spinte inerziali e difficoltà nell'introduzione di tali tecnologie per le stazioni appaltanti, con il d.m. 2 agosto 2021, n. 312, emanato in attuazione dell'art. 48, sesto comma, del d.l. n. 77 del 2021, riconducibili prevalentemente alle difficoltà di conseguire la piena interoperabilità delle piattaforme elettroniche utilizzate da amministrazioni pubbliche ed operatori economici.

27 Il progetto di fattibilità tecnico-economica, come noto, costituisce lo sviluppo progettuale della soluzione che, tra le alternative possibili messe a confronto nel DOCFAP, ove redatto, presenta il miglior rapporto tra costi complessivi da sostenere e benefici attesi per la collettività ed è elaborato sulla base della valutazione delle caratteristiche del contesto nel quale andrà inserita la nuova opera, compatibilmente con le preesistenze (anche di natura ambientale, paesaggistica e archeologica).

28 Si veda in merito A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino Giappichelli, 2022, *passim*; G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3/2021, 431 ss.; D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *www.federalismi.it*, 3, 2019, 3 e ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, 308 e ss.; P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *www.federalismi.it*, 7, 2021, 190 ss..

29 In senso analogo B. MARCHETTI, *op. cit.*, 93, ma anche ID, *L'impiego dell'intelligenza artificiale nell'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica*, in B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, *La digitalizzazione degli appalti e dei contratti pubblici*, cit. 45 e ss.; in materia si veda da ultimo G. F. LICATA, *Intelligenza artificiale e contratti pubblici: problemi e prospettive*, in *Ceridap*, 2/2024; in <https://ceridap.eu/intelligenza-artificiale-e-contratti-pubblici-problemi-e-prospettive/>

unionale che appare imminente in tal senso anche nel settore degli appalti pubblici⁽³⁰⁾.

In ultimo, sembra opportuno sottolineare che le disposizioni normative in esame del codice dei contratti pubblici, trovano applicazione pacifica anche negli ordinamenti delle regioni a statuto speciale, in coerenza con quanto previsto dall'art. 2 della legge delega 21 giugno 2022, n. 78⁽³¹⁾, non risultando compatibile con l'ordinamento costituzionale una competenza legislativa derogatoria delle regioni in materia di procedure ad evidenza pubblica, alla stregua della costante giurisprudenza costituzionale⁽³²⁾ e comunque in fattispecie riconducibile alle previsioni dell'art. 117, secondo comma, lett. r)⁽³³⁾.

Con specifico riguardo alla disciplina delle aste pubbliche e dei cataloghi elettronici, ai quali sono dedicate le riflessioni che seguono, non si rinvencono modifiche, pur di fronte ad un articolato intervento di modifica ed integrazione sia nel codice appro-

30 Giova ricordare, peraltro, che ai sensi dell'art. 30, primo comma del Codice "Per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia".

I commi successivi della disposizione normativa (2, 3 e 4) introducono talune cautele da garantire nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale, in particolare: a) "Nell'acquisto o sviluppo delle soluzioni di cui [sopra] le stazioni appaltanti e gli enti concedenti: a) assicurano la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento; b) introducono negli atti di indizione delle gare clausole volte ad assicurare le prestazioni di assistenza e manutenzione necessarie alla correzione degli errori e degli effetti indesiderati derivanti dall'automazione" (comma 2); b) "Le decisioni assunte mediante automazione rispettano i principi di: a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici" (comma 3); c) "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano ogni misura tecnica e organizzativa atta a garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché a impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici, dello status genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale" (comma 4).

31 Sulla quale vedi per tutti, R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA, *Contratti pubblici ed innovazioni. Per l'attuazione della legge delega*, Napoli, Iovene, 2022, ed in particolare, G. M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, 9 ss., alla quale si rinvia anche per ampi riferimenti alle esperienze straniere ed europee in materia di digitalizzazione dei contratti pubblici (*public procurements digitalization*), della stessa A. si veda anche *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici: per un'Amazon pubblica*, DPCE Online, 45(4), 2021, <https://doi.org/10.57660/dpceonline.2020.1183>.

32 Sia consentito rinviare in materia al mio contributo, *Autonomie territoriali speciali e contratti pubblici*, in F. MANGANARO, N. PAOLANTONIO, F. TIGANO, *La riforma dei contratti pubblici*, cit., 77 ss., ma si veda altresì G. ARMAO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici d.lgs 36/2023 della Regione Siciliana*, Palermo, Grafill, 2024. Più specificatamente, sui rapporti tra Stato e Regioni con riguardo alla digitalizzazione v. E. CARLONI, *La differenza attesa, la differenziazione praticata: spunti su autonomie regionali e digitalizzazione pubblica*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2023, 299 ss..

33 In senso analogo ancora v. A. CARULLO, *Piattaforme digitali e interconnessione informativa nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, cit..

vato nel 2023⁽³⁴⁾, che nel correttivo approvato dal Consiglio dei ministri ed approvato con il d.lgs. n. 209 del 31 dicembre 2024, recante “Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36”⁽³⁵⁾.

3. Le aste pubbliche nel contesto dell'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale.

Le aste elettroniche consentono alle stazioni appaltanti che se ne avvalgono di mettere in gara, in tempo reale, i potenziali fornitori che intendano aggiudicarsi un appalto pubblico con offerte al ribasso entro un termine prefissato.

Secondo parte della dottrina⁽³⁶⁾ la peculiarità di questa tipologia di procedura è riscontrabile nella evidente dinamicità del prezzo all'interno delle varie fasi della procedura di gara, nonché nella capacità di realizzare, in tal guisa, un notevole risparmio dei costi, la contrazione dei tempi di valutazione delle offerte attraverso un processo semplificato di gestione delle fasi della gara e la riduzione degli errori connessi ad interpretazioni non conformi al dato normativo.

Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), disciplina l'istituto dell'asta elettronica all'art. 33, il quale, al primo comma, stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, prima dell'aggiudicazione, possono ricorrere alle aste elettroniche come “un processo elettronico per fasi successive”, che interviene dopo una prima valutazione delle offerte, le quali vengono classificate attraverso meccanismi automatizzati, nonché eventualmente riclassificate in caso di rilancio, da parte dei partecipanti in gara, di nuovi prezzi sulla migliore offerta presentata.

La scelta di ricorrere a tale strumento - che sarebbe stato ovviamente più opportuno qualificare come procedimento anziché come processo in una normativa di tale rilievo peraltro elaborata in termini tecnici - è rimessa alle stazioni appaltanti, purché sussistano precise condizioni, tra tutte, così come stabilito dal secondo comma della disposizione in esame: la possibilità di fissare in termini puntuali le specifiche del contratto⁽³⁷⁾.

L'obiettivo perseguito dal legislatore, rileva in termini abbastanza evidenti, è quello di garantire la massima trasparenza ed evitare il rischio, ad esempio, di utilizzo di cri-

34 Anche se va osservato che, la proposta prevede modifiche di altre previsioni sulla digitalizzazione dei contratti pubblici, volte a favorire, ad accelerare ed a semplificare l'alimentazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico; meglio precisare le previsioni sulla certificazione delle piattaforme (pubbliche o private) che consentono alle stazioni appaltanti di collegarsi alla Banca dati nazionale gestita da ANAC; stabilire la distinzione dei compiti tra il RUP ed il personale in servizio presso le stazioni appaltanti ai fini del caricamento dei dati sulla *Banca dati nazionale dei contratti pubblici*; accelerare e semplificare il funzionamento del casellario informatico; modificare le previsioni sull'utilizzo di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni (BIM-Building Information Modeling), innalzando, con decorrenza dal 10 gennaio 2025 la soglia relativa all'obbligatorietà del ricorso al sistema da 1 a 2 milioni €, provvedendo inoltre ad una complessiva razionalizzazione dei requisiti tecnici per la redazione in modalità digitale dei documenti di programmazione, progettazione ed esecuzione dell'opera.

In merito sulla modellazione informativa della progettazione v. S. D'ANCONA, *La progettazione nei lavori pubblici: quadro attuale e prospettive di riforma*, in www.federalismi.it, 3/2022, 77 e ss..C. COSTANZI, *The legal implications of Building Information Modeling (BIM) in public procurement law. An Italian perspective*, in www.Ambienteditratto.it, 3/2020, 1 e ss.; G.M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3, 2019, 739 e ss., R. PICARO, *La modellazione informatica per l'edilizia e le infrastrutture*, in *Riv. Giur. Ediliz.*, n. 5, 2018, 393 ss., V. SESSA, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, in *giustamm. it*, n. 2, 2016, 1-9.

Per una prospettiva comparata v. G.M. DI GIUDA, G.M. RACCA, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (Bim) in public procurement*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 223 e ss..

35 Pubblicato sulla, sulla GURI n. 305/2024 (SO 45), entrato in vigore dalla data stessa di pubblicazione.

36 In tal senso v. U. REALFONZO, R. BERLOCO (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, vol. I, cit., 141 ss., spec. 143; ma già J. BUGGEEA, sub artt. 56 e 57, in G. M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici: commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, Utet giuridica, 2017, 704 ss., spec. 711 al quale si rinvia anche per i riferimenti alla dottrina risalente in materia.

37 Sul punto si veda l'accurata analisi di A. G. OROFINO, *Ricorso alle aste elettroniche*, in R. DE NICOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento*, Milano, Giuffrè, 2007, 1169.

teri qualitativi selettivi che possano limitare la concorrenza⁽³⁸⁾.

La possibilità di ricorrere all'asta elettronica, sebbene si estenda a qualsiasi procedura di gara (aperta, ristretta o competitiva con negoziazione), tuttavia, è esclusa nel caso in cui la stessa abbia ad oggetto prestazioni intellettuali che necessitano una valutazione, non più fondata su criteri squisitamente matematici (sulla base dei prezzi offerti o i prezzi o i nuovi valori degli elementi dell'offerta – terzo comma della normativa in esame), bensì di natura discrezionale che deve essere pertanto adeguatamente ponderata dalla stazione appaltante⁽³⁹⁾.

Al fine di garantire la massima trasparenza e conoscibilità delle decisioni amministrative, in linea con i principi generali dell'azione amministrativa e dello stesso codice dei contratti pubblici, al quarto comma della disposizione in commento è stabilito che, le informazioni per lo svolgimento dell'asta elettronica devono essere rese note agli offerenti, pertanto, le stazioni appaltanti/enti concedenti devono redigere i bandi di gara e le lettere di invito in modo tale da contenere, espressamente, tutte le informazioni necessarie garantendo massima trasparenza sui termini della procedura e conoscibilità delle informazioni.

Giusta il quinto comma dell'articolo in esame, le stazioni appaltanti procedono ad una valutazione delle offerte pervenute prima di avviare l'asta, accertando la conformità ai criteri di presentazione e di aggiudicazione.

Sono invitati a partecipare simultaneamente all'asta elettronica solamente i soggetti che hanno presentato offerte ammissibili, escludendosi, invece, coloro hanno inoltrato offerte irregolari, inaccettabili o inadeguate in base a quanto stabilito dal sesto sino al decimo comma della norma disaminata.

L'invito, che deve essere necessariamente trasmesso ai soggetti precedentemente indicati, pena l'annullamento e la ripetizione dell'asta⁽⁴⁰⁾, deve contenere il risultato della preventiva valutazione delle offerte effettuato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nonché la formula matematica utilizzata per la riclassificazione automatica delle offerte. Grava altresì sulle stazioni appaltanti, ai sensi del tredicesimo comma della disposizione in commento, l'onere di comunicare in tempo reale agli offerenti le informazioni concernenti la rispettiva classificazione, mentre, per finalità di segretezza, non possono essere rese pubbliche, durante lo svolgimento della gara, l'identità degli offerenti. Dal quattordicesimo al sedicesimo comma della medesima disposizione, il legislatore si sofferma a disciplinare la fase della conclusione dell'asta elettronica, in particolare, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti addivengono alla declaratoria di conclusione dell'asta elettronica sulla scorta delle diverse modalità puntualmente individuate dalla norma in commento. La determinazione della conclusione della procedura elettronica può avvenire con tre modalità puntualmente declinate dal legislatore in linea a quanto previsto dalle precedenti disposizioni codicistiche in materia.

La prima attiene all'avvenuto conseguimento dei termini (data e ora) preventivamente indicati. In secondo luogo, le stazioni appaltanti o gli enti concedenti possono dichiarare conclusa l'asta con un'interruzione unilaterale della procedura quando non ricevono più nuovi prezzi o nuovi valori che rispondono ad esigenze degli scarti minimi; in altre parole, quando non si ritiene più utile lo svolgimento dell'asta elettronica per consumazione delle proposte economiche, purché le stazioni appaltanti o gli enti concedenti abbiano, sin dall'origine, comunicato il termine entro cui sia possibile pre-

38 Cfr. C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *op. cit.*, 301.

39 L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici: commentato*, Milano, Wolters Kluwer, 2017, 549. Sulle nuove previsioni del Codice del 2023 cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., 250 ss., spec. 256. e I. PRATO, I. LUCHENA, *Aste elettroniche e Cataloghi elettronici*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, cit., 128-129.

40 CGUE 7 aprile 2016, n. 324/14; CGUE 8 settembre 2015, n. 324/14.

sentare nuove offerte prima della conclusione dell'asta.

A chiusura della serie di modalità indicate dal quattordicesimo comma della disposizione in esame, per lo svolgimento della procedura si prevede che essa possa giungere a conclusione anche quando: “il numero delle fasi dell'asta preventivamente indicato è stato raggiunto”.

Invero, trattasi di modalità flessibili che consentono a stazione appaltante ed enti concedenti di prescegliere quella più funzionale alla tipologia di procedura, in relazione ai beni oggetto dell'asta elettronica e alla configurazione del mercato di riferimento.

Appare di tutta evidenza che la valutazione della scelta tra le diverse modalità sia di pertinenza dirigenziale e non certamente dei vertici politici dell'organismo della stazione appaltante o del concedente, e che tale determinazione vada motivata specificando le ragioni che inducono a prescegliere l'una piuttosto che l'altra, in linea con i principi generali dell'azione amministrativa sull'obbligo di motivazione.

Alla stregua di quanto previsto dal successivo comma della norma in trattazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti che intendono dichiarare conclusa l'asta elettronica, secondo l'ultima delle modalità illustrate, nonché “eventualmente in combinazione con le modalità di cui alla lettera b) del medesimo comma”, devono indicare nell'invito a partecipare all'asta elettronica il calendario di svolgimento di ogni fase dell'asta stessa.

Il senso di tale specificazione della disposizione normativa appare chiaramente quello di rendere trasparente e predeterminata l'articolazione delle fasi dell'asta elettronica e ciò in evidente applicazione dei principi unionali in materia di trasparenza delle procedure ad evidenza pubblica. In altre parole, non è consentito alla stazione appaltante o concedente interrompere ex abrupto lo svolgimento della procedura, dovendo in ogni caso predeterminare i termini di svolgimento di ogni fase dell'asta, in guisa da consentire la piena partecipazione da parte degli offerenti.

L'ultimo comma dell'articolo 33, che svolge una funzione di chiusura della disciplina delle aste elettroniche, stabilisce che la stazione appaltante o l'ente concedente, una volta dichiarata conclusa l'asta elettronica debba procedere all'aggiudicazione dell'appalto “in funzione dei suoi risultati”. Pertanto, i due momenti, quello della conclusione dell'asta elettronica e quello dell'aggiudicazione dell'appalto, risultano ben demarcati e la seconda segue necessariamente la prima. Proseguendo l'analisi sulla normativa in commento, appare acconcio soffermarsi sulla delicata questione, oggetto di molteplici e recenti pronunce giurisprudenziali, concernente la sopravvenienza di eventuali imprevisti che possono verificarsi durante lo svolgimento della gara ed ascrivibili alla stazione appaltante.

Sul punto, risulta ormai consolidato l'orientamento del giudice amministrativo secondo il quale, analogamente a quanto avviene per le procedure ad evidenza pubblica ordinarie, eventuali imprevisti non possano pregiudicare il diritto alla regolare partecipazione del concorrente alla gara pubblica. Avuto specifico riguardo alle modalità telematiche di svolgimento della procedura ad evidenza pubblica è stato statuito che il malfunzionamento del sistema informatico, che renda sostanzialmente impossibile la trasmissione della domanda di partecipazione alla gara stessa, determina per la stazione appaltante l'onere di disporre la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla durata e/o alla gravità del mancato funzionamento⁽⁴¹⁾.

41 Così da ultimo Tar Campania, Napoli, I, 9 novembre 2022, n. 7202. Sembra utile ricordare il caso di specie per la sua peculiarità, nel quale il termine per la presentazione delle offerte scadeva alle ore 18.00 del 1° agosto 2022 ed il sistema registrava un blocco dalle ore 14:45 circa alle ore 17:55. Il Giudice amministrativo napoletano ha ritenuto che il ripristino del sistema alle ore 17:57 non potesse esser ritenuto sufficiente a garantire la piena partecipazione alla procedura, dovendosi, infatti, ritenere il “*lasso di tempo di tre minuti insufficiente per l'operatore economico, non potendosi da esso pretendere un comportamento che si mostra inesigibile, in uno spazio temporale così ristretto*”.

In senso conforme Cons. Stato, III, 24 novembre 2020, n. 7352 e più recentemente T.a.r. Lombardia, II, 10 marzo 2022, n. 571.

Se è pur vero che in capo ai concorrenti di una gara telematica sia configurabile: “una peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara, compensata dalla possibilità di uso diretto della loro postazione informatica”, sicché appare necessaria una “idonea diligenza nell’uso di un meccanismo rischioso, nel funzionamento del quale ogni soggetto coinvolto svolge attività e compiti distinti”⁽⁴²⁾, con conseguente impossibilità di addossare alla stazione appaltante ogni tipo di anomalia nel meccanismo di invio e ricezione, tuttavia, resta salva la prova del malfunzionamento del sistema “pubblico” per la trasmissione delle offerte con la specificazione che “spetta al concorrente offrire un principio di prova del suddetto malfunzionamento”⁽⁴³⁾.

Appare inoltre rilevante evidenziare, per le finalità che ci occupano, che le procedure svolte per mezzo di piattaforme telematiche perseguano la funzione di attenuare i profili formalistici che sono propri delle procedure ad evidenza pubblica di tipo tradizionale, in quanto nelle prime vi sono una serie di elementi tecnologici che inducono ad escludere l’incertezza sulla provenienza dell’offerta e che le modalità di partecipazione alla gara siano caratterizzate da elementi idonei a far desumere, con ragionevole certezza, la riconducibilità al concorrente della domanda, presentata attraverso la piattaforma dedicata⁽⁴⁴⁾.

Più specificatamente, la giurisprudenza ha precisato che la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell’integrità delle offerte in quanto: “permette automaticamente l’apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente garantisce l’immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e l’ora della seduta di gara, specificata infine in fase di creazione della procedura, dal momento che le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica dell’offerta”⁽⁴⁵⁾.

Pur di fronte al consolidato orientamento richiamato⁽⁴⁶⁾, alla stregua della quale va ritenuta legittima l’esclusione del concorrente che abbia ommesso di apporre la firma digitale sull’offerta, si è prospettata una mitigazione in virtù del principio di effettività, ove la procedura telematica stessa non consenta di dubitare della riconducibilità dell’offerta al concorrente⁽⁴⁷⁾, e che la stessa sia sufficiente o, al più, sanabile tramite il sub procedimento di soccorso istruttorio⁽⁴⁸⁾.

Mentre deve, comunque, ritenersi legittima l’esclusione di un concorrente nel caso in

42 Così Consiglio di Stato, III, 2 luglio 2014, n. 3329.

43 In tal senso già TAR Lombardia, Milano, IV, 14 ottobre 2016, n. 1865.

44 Come precisato dalla già richiamata pronuncia: le piattaforme informatiche “garantiscono la piena tracciabilità dei dati immessi in procedura e della tempistica del relativo trattamento [e] di fatto rendono conoscibili tutte le fasi della procedura e tutti gli atti che in essa sono confluiti, con piena garanzia di immodificabilità, segretezza e inviolabilità delle offerte” (TAR Campania, Napoli, VIII, 30 novembre 2021, n. 7692).

45 Così Tar Campania, Napoli, VIII, 3882 del 2020, nonché TAR Lombardia, Milano, IV, 448/2021.

46 Cons. Stato, IV, 27 luglio 2022, n. 9165.

47 TAR Campania, Napoli, I, 18 luglio 2023, n. 4363, sicché deve ritenersi “esperibile il soccorso istruttorio nell’ipotesi in cui la documentazione di partecipazione prodotta sia priva di sottoscrizione (ove) la domanda di partecipazione e la relativa documentazione allegata siano in qualche modo riconducibili al concorrente e che quindi la mancata sottoscrizione non precluda la riconoscibilità della provenienza della documentazione di partecipazione e non comporti un’incertezza assoluta sulla stessa”.

Nella fattispecie allesame del giudice partenopeo, infatti: “unitamente ai dati del concorrente in possesso dell’amministrazione, appare idonea a superare l’incertezza sulla provenienza dell’atto e che, conseguentemente, nonostante la mancanza della firma digitale della domanda di partecipazione, la stessa possa essere imputata al concorrente istante”.

48 TAR Sicilia, Catania, I, 15 luglio 2022, n. 1911. In senso analogo anche la delibera ANAC 17 marzo 2020, n. 265 alla stregua della quale deve ritenersi illegittima l’esclusione del concorrente nelle ipotesi nelle quali, in base alle circostanze concrete: “l’offerta risultava con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico” con la conseguenza che “la carenza strutturale dell’atto viene in tal caso superata in considerazione del superiore interesse dell’amministrazione nella procedura di gara a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi acquisiti aliunde, nell’ambito della documentazione prodotta”.

cui abbia inviato la domanda oltre il limite orario fissato dal bando, ove risulti dimostrato, dall'esame dei "file log", che la piattaforma telematica prescelta dall'amministrazione per la gestione telematica della procedura non abbia generato anomalie o determinato malfunzionamenti; resta, infatti, a carico del partecipante che non abbia iniziato con "congruo anticipo la procedura di upload nell'offerta" il rischio della lentezza della linea internet⁽⁴⁹⁾.

Parimenti, con riguardo al delicato profilo della decisione algoritmica, i giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che: "il ricorso alla funzione algoritmica all'interno del procedimento amministrativo non è vietato di per sé, neppure in relazione ai procedimenti caratterizzati da discrezionalità, anche tecnica, a condizione che si rispettino determinati requisiti, derivanti sia dai principi di diritto interno che dalle norme del diritto europeo"⁽⁵⁰⁾. L'utilizzazione dell'algoritmo, infatti, "in funzione integrativa e servente della decisione umana, ovvero anche in funzione parzialmente decisionale nei procedimenti a basso tasso di discrezionalità, non può mai comportare un abbassamento del livello delle tutele garantite dalla legge sul procedimento amministrativo, ed in particolare di quelle sulla individuazione del responsabile del procedimento, sull'obbligo di motivazione, sulle garanzie partecipative, e sulla cd. non esclusività della decisione algoritmica", e ciò nel presupposto che le regole tecniche che governano ciascun algoritmo restano pur sempre "regole amministrative generali costruite dall'uomo e non dalla macchina"⁽⁵¹⁾.

Come osservato in dottrina⁽⁵²⁾, dunque, ci si trova di fronte ad un sistema che costituisce un meccanismo di aggiudicazione celere e in grado di facilitare l'accesso al mercato, tuttavia, se mal utilizzato, porta con sé il rischio di elusione delle regole a presidio della concorrenza.

4. I cataloghi elettronici.

Il modello delineato dall'art. 34 del codice dei contratti pubblici prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti accedano ad un catalogo elettronico di beni e servizi offerti dai fornitori accreditati, al fine di effettuare ordini di acquisto diretti o richieste di offerta (RdO).

49 In questo senso, Cons. St., sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352, secondo tale pronuncia il concorrente che partecipa ad una gara telematica, accedendo alle opportunità offerte dall'informatica fornite ai fruitori della procedura, deve ritenersi pienamente consapevole che occorre un determinato lasso di tempo per eseguire nel dettaglio le procedure di upload la cui celerità è ascrivibile, in gran parte, dalla velocità dell'infrastruttura di comunicazione (lato utente e lato stazione appaltante), quest'ultima a sua volta interferita da variabili fisiche o di traffico; "l'esperienza e abilità informatica dell'utente, la stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di upload, la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea congestione del traffico, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente, prevenire e "dominare" quando si accinge all'effettuazione di un'operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l'amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni, qualunque sia l'ora di inizio delle stesse, prescelto dall'utente, o lo stato contingente delle altre variabili sopra solo esemplificativamente indicate". In senso analogo, Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922.

50 Come ha avuto modo di precisare il Consiglio di Stato nelle pronunce dedicate alla questione cfr. CdS sez. VI, n. 2270/2019, seguita e specificata dalle sentt. 8472, 8473, 8474 del 2019, nonché Cons. Stato, sez. VI, sentt. 881/2020 e 1206/2021. In particolare, nella prima pronuncia si è precisato che: "in generale, non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti. Il codice dell'amministrazione digitale rappresenta un approdo decisivo in tale direzione. I diversi interventi di riforma dell'amministrazione susseguiti nel corso degli ultimi decenni, fino alla legge n. 124/2015, sono indirizzati a tal fine; nella medesima direzione sono diretti gli impulsi che provengono dall'ordinamento comunitario", specificando inoltre che "devono sottolinearsi gli indiscutibili vantaggi derivanti dall'automazione del processo decisionale dell'amministrazione mediante l'utilizzo di una procedura digitale attraverso un "algoritmo" ovvero di una sequenza ordinata di operazioni di calcolo che in via informatica sia in grado di valutare graduare una moltitudine di domande", con la conseguenza che "la riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata".

51 Tar Campania, Napoli, III, 14 novembre 2022, n. 7003. In dottrina si veda sul punto, F. TALLARO, *La digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici, in giustizia-amministrativa.it*, 2023.

52 Così ancora J. BUGGIA, *sub artt. 56 e 57*, in G. M. ESPOSITO (a cura di), *op. cit.* 716.

La definizione di “catalogo elettronico” non è contenuta nell’attuale codice⁽⁵³⁾, dovendosi, pertanto, ricorrere al considerando 68 della direttiva 2014/24/UE alla stregua del quale: “I cataloghi elettronici sono un formato per la presentazione e organizzazione delle informazioni in un modo comune per tutti gli offerenti e che si presta al trattamento elettronico”.

Il catalogo elettronico, in un contesto di semplificazione e digitalizzazione delle procedure di acquisto, consente la presentazione e l’organizzazione delle informazioni in maniera comune a tutti gli offerenti, in formato elettronico, in conformità ai principi di non discriminazione e di parità di trattamento, garantendo, in tal guisa, un’elaborazione precisa e trasparente, in modo da accelerare le procedure di gara⁽⁵⁴⁾.

Alla stregua del secondo comma della previsione normativa in commento, i cataloghi elettronici devono essere predisposti in “conformità alle specifiche tecniche ed al formato stabiliti dalle stazioni appaltanti”, al fine di garantire la legittimità della partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica.

Infatti, in conformità a quanto stabilito dal richiamato 68° considerando, gli operatori economici non possono limitarsi alla trasmissione del loro catalogo generale, essendo, invece necessario, adattare i cataloghi generali alla specifica procedura d’appalto, pur sempre nel rispetto dei vincoli che derivano dal nuovo contesto di riferimento, ovvero di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, e dal conseguente uso obbligatorio dei dati in formato aperto⁽⁵⁵⁾.

Le stazioni appaltanti o enti concedenti che ricorrono allo strumento dei cataloghi elettronici per l’espletamento della procedura di gara, devono declinarlo nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse, unitamente alla specifica indicazione delle informazioni di cui al terzo comma della normativa in commento.

I commi 4 e 5 della disciplina in esame, regolano i cataloghi elettronici in presenza di un accordo quadro concluso con più operatori economici dopo la presentazione delle offerte, stabilendo, in particolare, che, in questi casi, le stazioni appaltanti: “possono prevedere che la riapertura del confronto competitivo per i contratti specifici avvenga sulla base di cataloghi aggiornati”. L’obiettivo, insito anche nel 68° considerando della direttiva citata, è quello di garantire la tracciabilità, la parità di trattamento e la prevedibilità, in modo da elaborare offerte per acquisti specifici, garantendo così all’amministrazione il miglior risultato in esito alla procedura ad evidenza pubblica.⁽⁵⁶⁾

Il sesto ed ultimo comma dell’articolo in commento introduce, infine, una modalità specifica di sistema dinamico di acquisizione prevedendo che le stazioni appaltanti o enti concedenti aggiudichino appalti strutturati sulla base di tale modello “sotto forma di catalogo elettronico”. In altre parole, l’aggiudicazione dell’appalto deve avvenire sulla base di offerte presentate al momento della domanda di partecipazione al sistema che, parimenti, deve contenere lo specifico catalogo elettronico.

5. La sostanziale invarianza della disciplina codicistica in materia di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici e di aste elettroniche e cataloghi elettronici.

Il codice dei contratti pubblici al primo comma dell’art. 30, con una disposizione di principio non scevra da un approccio ottimistico, ha affermato che: “per migliorare l’effi-

53 Analogamente B. MARCHETTI, *op. cit.*, 93, la quale osserva che la norma individuarne la funzione: assicurare il catalogo elettronico ossia che le offerte degli operatori economici rispondano ad uno schema comune e contengono in formato elettronico tutte le informazioni necessarie per una loro valutazione automatica da parte della stazione appaltante.

54 C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *op. cit.*, 305.

55 Così ancora C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *op. cit.*, 306.

56 Per più ampie ed articolate considerazioni in merito si veda R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge sblocca cantieri*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2020, 1069 ss..

cienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia”.

Si tratta di una previsione programmatica e di scenario alla quale devono tuttavia seguire adeguate misure applicative sul piano regolativo, organizzativo, finanziario per garantirne la progressiva implementazione che risulta essenziale per approdare una una compiuta dimensione digitale del ciclo di vita dei contratti pubblici

Per quanto concerne aste elettroniche e cataloghi elettronici dalla disamina del testo degli artt. 33 e 34 del codice dei contratti pubblici del 2023, tuttavia, si evince agevolmente che il contenuto normativo delle previsioni richiamate sia rimasto sostanzialmente lo stesso degli artt. 56 e 57 del precedente codice del 2016⁽⁵⁷⁾.

Le uniche differenze risiedono, in termini generali, nell'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione anche alle amministrazioni concedenti, in linea con l'impianto generale del codice e dell'apposito libro dedicato alle concessioni (libro IV “del partenariato pubblico-privato e delle concessioni”).

Con riguardo alle aste elettroniche, l'unica specifica previsione che introduce una sostanziale modificazione ed integrazione della previgente disciplina, si rinviene al quarto comma della stessa disposizione, che individua direttamente gli elementi che deve contenere la documentazione di gara riferita alle aste elettroniche relative agli appalti nei settori ordinari e speciali, in tal guisa determinando l'assorbimento nel contesto dell'articolo, del contenuto dell'allegato XII del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50⁽⁵⁸⁾ e s.m.i.

La ratio di tale invarianza della disposizione rispetto all'art. 56 del previgente codice è esplicitata nel testo della relazione elaborata dal Consiglio di Stato⁽⁵⁹⁾, dalla quale si evince che la disposizione è la trasposizione fedele dell'art. 35 della direttiva UE 26 febbraio 2014, n. 24, “per cui se ne conserva il testo”.

Anche con riguardo alla disposizione relativa ai cataloghi elettronici, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che la scelta di invarianza normativa si giustifica nella circostanza che la disposizione costituisce: “la trasposizione fedele dell'art. 36 della direttiva UE 26 febbraio 2014, n. 24 per cui se ne conserva il testo previsto dall'art. 57 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, fatta eccezione per qualche piccola modifica,

57 Cfr. in merito anche M. CORRADINO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici*, cit., 16 e ss. e R. VILLATA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., Pisa, Pacini, 2024, 164 e ss.

Sull'ordinamento del codice previgente si vedano le puntuali considerazioni di G. M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione dei contratti pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 3/2019, 739 ss., nonché ID., *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazione e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLI PERIN, D. U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, 321 ss., nonché ID., *La digitalizzazione necessaria dei contratti pubblici*, in *DPCE online*, 2020, 4677 ss..

58 Alla stregua del quale, giova ricordarlo, i documenti di gara debbono ricomprendere alcuni elementi minimi ed in particolare:

- a) quelli i cui valori sono posti ad oggetto dell'asta elettronica, purché tali elementi siano quantificabili in modo da essere espressi in cifre o in percentuali;
- b) i limiti eventuali dei valori che potranno essere presentati, come risultanti dal capitolato d'oneri relativo all'oggetto dell'appalto;
- c) le informazioni che gli offerenti metteranno a disposizione nel corso dell'asta elettronica e, se del caso, il momento in cui saranno messe a loro disposizione;
- d) le informazioni concernenti lo svolgimento dell'asta elettronica;
- e) le condizioni sulla scorta delle quali gli offerenti potranno prenotare i rispettivi rilanci, in particolare gli scarti minimi eventualmente richiesti per il rilancio;
- f) le informazioni riguardanti il dispositivo elettronico utilizzato e le modalità e specifiche tecniche di collegamento.

59 Cfr. Consiglio di Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici” - III Relazione agli articoli e agli allegati*, Roma, 7 dicembre 2022, 51, consultabile in *giustizia-amministrativa.it*.

dovuta all'abrogazione dell'art. 52 del medesimo decreto legislativo⁽⁶⁰⁾.

Appare quindi evidente, come anticipato, che la disciplina sia rimasta sostanzialmente identica a quella prevista dal precedente codice del 2016, salvo l'eliminazione della disposizione che lasciava alle stazioni appaltanti la possibilità di richiedere agli operatori economici di inviare le offerte sotto forma di cataloghi elettronici nel caso in cui fosse richiesto l'uso di mezzi di comunicazione elettronici, rendendo obbligatorio l'utilizzo delle piattaforme telematiche.

Si tratta, in altre parole, di modificazioni ed integrazioni, assai circoscritte, che si è ritenuto opportuno comunque evidenziare in un contesto normativo sintetico ma fortemente innovativo, che attende ancora una piena e diffusa applicazione nel contesto delle amministrazioni pubbliche e delle stazioni appaltanti nel nostro ordinamento.

Quanto sin qui osservato sulle aste elettroniche e sui cataloghi elettronici e la progressiva evoluzione della loro disciplina, da ultimo definita dal codice dei contratti pubblici nel 2023, delinea non solo la struttura di un modello che da sperimentale è divenuto strutturale, ma soprattutto consente di considerare ormai avviata la nuova fase delle procedure ad evidenza pubblica nel più ampio contesto della digitalizzazione della pubblica amministrazione.

Coglie quindi nel segno l'osservazione secondo la quale un'indubbia centralità nel contesto della digitalizzazione riveste il settore dei contratti pubblici, il quale se già dal 2016 è interessato da norme specifiche, soltanto con il Codice dei contratti pubblici del 2023 consegue un quadro normativo completo, finalizzato a trasformare in digitale ed a rendere interoperabili tutte le attività riguardanti il ciclo di vita del contratto⁽⁶¹⁾, ed a declinare, in tal guisa, il principio di buon andamento della pubblica amministrazione sancito dall'art. 97 Cost., ma anche quello di risultato, introdotto in materia con l'art. del codice⁽⁶²⁾.

L'inveramento dei principi e delle previsioni sulla digitalizzazione dei contratti pubblici, la cui efficacia, come è noto, era stata differita al 1° gennaio 2024 dalla ricordata disposizione del codice dei contratti (art. 225), segnano il deciso passo verso la modernizzazione dell'amministrazione pubblica italiana e che adesso è entrata, quindi, nel pieno dell'applicazione del codice e dei suoi principi, come peraltro evidenziato dall'ANAC nella delibera citata in premessa.

Si è già precisato, infatti, che per quanto concerne la richiamata digitalizzazione, il legislatore delegato del 2023 ha dettato una peculiare disciplina transitoria rispetto a quella generale che, come noto, ha distinto la data di entrata in vigore del Codice (1° aprile 2023) da quella di acquisizione di efficacia delle relative previsioni (1° luglio 2023), in guisa da graduarne l'implementazione, pur rispettando i termini declinati dal Piano nazionale di ripresa e resilienza⁽⁶³⁾.

Da ultimo va richiamato quanto precisato in apertura di queste considerazioni, ossia che nello schema di decreto legislativo recante "Disposizioni integrative e correttive al

60 Così ancora Consiglio di Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici" - III Relazione agli articoli e agli allegati*, op. e loco cit.

61 Così A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *www.federalismi.it*, 19/2023, 128 e ss..

62 Con riguardo a tali esiti si veda M. MACCHIA, *La capacità trasformativa della digitalizzazione dei contratti pubblici*, in B. G. MATTARELLA, B. MARCHETTI, op. cit., 17 e ss..

63 Il PNRR, attraverso la riforma "*Recovery Procurement Platform*" (e in particolare la *milestone* M1C175), ha individuato quale obiettivo primario la digitalizzazione degli appalti pubblici, finalizzata alla modernizzazione del sistema, mediante la sua digitalizzazione ed il rafforzamento della capacità delle stazioni appaltanti, da attuare entro il secondo quadrimestre del 2026, con l'obiettivo di trasformare il sistema di public procurement nazionale incrementando la qualità e l'innovazione dei servizi offerti ad amministrazioni e imprese.

A tale riguardo vengono individuate tre azioni: formazione e supporto delle amministrazioni; definizione di strumenti di acquisto avanzati da mettere a disposizione delle amministrazioni, quali ad esempio accordi o contratti quadro; evoluzione del sistema di e-procurement attraverso la digitalizzazione *end-to-end* dei processi di approvvigionamento.

Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36”, approvato il 21 ottobre 2024 dal Consiglio dei Ministri, non si rinvergono modifiche alle norme esaminate, pur di fronte ad un articolato intervento di modifica ed integrazione del codice approvato nel 2023⁽⁶⁴⁾ e che parimenti nessun mutamento in merito prospetta lo schema di decreto legislativo c.d. correttivo.

Ciò se conferma l’indubbia resilienza della disciplina su aste e cataloghi elettronici, evidenza, tuttavia, la limitata attenzione ad un’esigenza di progressivo adeguamento normativo imposto dalla diffusione del sistema di gestione delle procedure ad evidenza pubblica nella prospettiva del pieno inveramento dell’ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale alla stregua nel quale le fasi di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione di appalti e concessioni vengono gestite dalle stazioni appaltanti mediante piattaforme di approvvigionamento digitale certificate, delle quali gli enti pubblici devono avvalersi per la redazione o acquisizione degli atti relativi alle varie procedure di gara; trasmissione dei dati e documenti alla Banca Dati ANAC; l’accesso alla documentazione di gara; la presentazione del Documento di gara unico europeo; la presentazione delle offerte; l’apertura, gestione e conservazione del fascicolo di gara; il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie⁽⁶⁵⁾.

Queste brevi considerazioni hanno cercato di illustrare la configurazione offerta dall’ordinamento alla disciplina, al contempo innovativa e resiliente, delle aste pubbliche e dei cataloghi elettronici, nel contesto dell’ampia e rilevante trasformazione digitale del ciclo di vita dei contratti pubblici. Una trasformazione che si colloca nel solco della transizione digitale delineata dalle anticipatrici e sempre attuali considerazioni conclusive del primo studio monografico di informatica giuridica di un Maestro, come Vittorio Frosini, alla stregua delle quali il diritto dell’età cibernetica, se induce all’evoluzione della coscienza umana secondo nuove strutture dell’agire e del conoscere, appartiene tuttavia: “alla natura e alla storia dell’uomo”, di cui allarga l’orizzonte, “l’uomo, che avanza nell’età nuova, sia che rivolga la sua capacità conoscitiva e operativa ad una nuova materia, sia che tratti la stessa materia di prima in una maniera diversa, è sempre egli stesso, che vive in un mondo diverso, e che diventa diverso in un mondo, che resta lo stesso il mondo dell’uom”⁽⁶⁶⁾.

64 Anche se va osservato che, la proposta prevede modifiche di altre previsioni sulla digitalizzazione dei contratti pubblici, volte a favorire, ad accelerare ed a semplificare l’alimentazione del fascicolo virtuale dell’operatore economico; meglio precisare le previsioni sulla certificazione delle piattaforme (pubbliche o private) che consentono alle stazioni appaltanti di collegarsi alla Banca dati nazionale gestita da ANAC; stabilire la distinzione dei compiti tra il RUP ed il personale in servizio presso le stazioni appaltanti ai fini del caricamento dei dati sulla *Banca dati nazionale dei contratti pubblici*; accelerare e semplificare il funzionamento del casellario informatico; modificare le previsioni sull’utilizzo di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni (*BIM-Building Information Modeling*), innalzando, con decorrenza dal 10 gennaio 2025 la soglia relativa all’obbligatorietà del ricorso al sistema da 1 a 2 milioni €, provvedendo inoltre ad una complessiva razionalizzazione dei requisiti tecnici per la redazione in modalità digitale dei documenti di programmazione, progettazione ed esecuzione dell’opera.

65 Tali profonde modifiche procedurali consentono di digitalizzare integralmente processo di acquisto (*end-to-end*) con l’integrazione tra le piattaforme e servizi digitali infrastrutturali (*Banca Dati e servizi per l’interoperabilità*) di ANAC, quelle di *e-procurement* “certificate” utilizzate dalle stazioni appaltanti e quelle di interoperabilità, scambio e riuso di informazioni, consentendo alle amministrazioni pubbliche di rafforzare gli elementi di trasparenza e semplificazione nelle procedure di acquisizione di beni e servizi, utilizzando dati nativi digitali (e conseguendo così la smaterializzazione documentale), maggiore sicurezza (attraverso la diffusione delle identità digitali), miglioramento dell’efficienza dell’azione amministrativa (con il ricorso a soluzioni tecnologiche innovative) Cfr. ANAC, *Scatta la digitalizzazione degli appalti: più trasparenza, meno burocrazia*, www.anticorruzione.it, 2 gennaio 2024.

Va ricordato che con due diversi provvedimenti del 28 giugno 2024, il Presidente ANAC ha fornito istruzioni in merito alla proroga fino al 31 dicembre 2024: di alcune disposizioni derogatorie previste con la Delibera n. 582 del 12 dicembre 2023 e con il Comunicato del Presidente del 10 gennaio 2024 (v. Comunicato del Presidente ANAC del 28 giugno 2024, in tema di utilizzo della PCP, *Piattaforma dei Contratti Pubblici*); delle indicazioni fornite con la Delibera n. 606/2023 del 19 dicembre 2023 e con il Comunicato del 31 gennaio 2024 (v. Comunicato del Presidente ANAC del 28 giugno 2024, in tema di verifiche delle garanzie fideiussorie utilizzate per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica).

66 Il riferimento è a V. FROSINI, *Cibernetica, diritto, e società*, Milano, 1968, nell’edizione ripubblicata nel 2023, con la prefazione di G. SARTOR, RomaTre-PRESS, Roma, 2023, 125.

LAVORO ALLE DIPENDENZE DELLE P.A.

La disciplina del lavoro a distanza nel CCNL Funzioni Locali 2019-2021.

SOMMARIO: **1.** Introduzione. **1.1** La recente disciplina del lavoro a distanza nel CCNL Funzioni Locali 2019-2021. **1.2** Aspetti trasversali alle diverse tipologie del lavoro a distanza nella nuova regolamentazione. **1.3** Il lavoro a distanza negli Enti Locali prima e durante l'emergenza Covid. **1.4** Natura e configurazione della prestazione lavorativa resa a distanza in modalità "agile". **1.5** Il lavoro agile tra legge e contratto collettivo. **2.** La disciplina contrattuale del lavoro a distanza. **2.1** La nuova architettura contrattuale. **2.2** Le relazioni sindacali. **2.3** I requisiti e presupposti per l'accesso al lavoro a distanza. **2.4** Le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa a distanza. **2.5** I diritti e i doveri del lavoratore a distanza. **2.6** La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore a distanza. **3.** Conclusioni.

DI PATRIZIA COLAGIOVANNI

ABSTRACT: Il contributo esamina l'attuale disciplina del lavoro a distanza nel pubblico impiego privatizzato tra disposizioni legislative e contrattuali. In particolare, analizza la natura giuridica e le peculiarità della modalità "lavoro agile", nonché gli aspetti procedurali e applicativi oggetto di negoziato con le OO.SS durante le trattative per il rinnovo del CCNL delle Funzioni locali stipulato il 16 novembre 2022. La disciplina contrattuale rappresenta la conclusione di un percorso avviato, per gli enti locali, nel 2000, con il telelavoro rispetto al quale, durante il blocco della contrattazione, interviene il legislatore introducendo la modalità "lavoro agile" che però subisce una particolare applicazione a causa della pandemia.

ABSTRACT: *This in-depth study examines the current discipline of remote work in the privatised public sector between legislative and contractual provisions. In particular, it analyses the legal nature and peculiarities of the 'agile work' modality as well as the procedural and applicative aspects that were negotiated with the trade unions during the negotiations for the renewal of the National Collective Labour Agreement for Local Functions signed on 16 November 2022. The contractual discipline represents the conclusion of a path that for local authorities had started since the 2000 with telework with respect to which, during the bargaining block, the legislator intervened by introducing the 'agile work' modality, which, however, suffered a particular application due to the pandemic.*

1. Introduzione.

Il CCNL Funzioni Locali del 16 novembre 2022 si caratterizza per numerose e rilevanti innovazioni. Le maggiori novità sono sicuramente la revisione del sistema di classificazione del personale resa maggiormente funzionale alle esigenze organizzative degli Enti; l'inserimento del tanto atteso nuovo regime delle progressioni economiche orizzontali, con la previsione dei "differenziali stipendiali", che costituiscono incrementi stabili del trattamento economico e sono strettamente connessi al riconoscimento del maggior grado di competenza professionale progressivamente acquisito dai dipendenti sotto forma di remunerazione. Ma tra le maggiori novità, assume particolare rilievo la nuova disciplina del lavoro a distanza nelle due tipologie di "lavoro

agile”, previsto dalla legge 22 maggio 2017 n. 81, e di “lavoro da remoto”, che ricalca la tipologia del telelavoro.

Infatti, l’ultima tornata contrattuale collettiva ha inserito un’importante e ormai essenziale disciplina del lavoro a distanza che si configura come una differente modalità di esecuzione della prestazione lavorativa caratterizzata dalla dislocazione del lavoratore al di fuori dei locali dell’azienda o dell’Ente pubblico di appartenenza e che può essere svolta in parte o in tutto all’esterno dei locali aziendali, nella forma “agile” senza una postazione di lavoro fissa e predefinita. Quest’ultima, soprattutto per il lavoro pubblico, costituisce una modalità innovativa che comporta un mutamento della cultura organizzativa e manageriale⁽¹⁾, come già ampiamente in uso nel lavoro privato e in altri Paesi.

In particolare, il “lavoro agile”, regolamentato dal legislatore con la legge n.81 del 2017, ha registrato un’importante diffusione nel lavoro pubblico solo nel corso degli ultimi anni, a seguito della accelerazione generata dalla emergenza sanitaria da Covid-19.

Nello specifico, la Pubblica Amministrazione ha fatto ricorso al lavoro agile quale forma di distanziamento sociale e quindi come soluzione per garantire la continuità dei servizi essenziali e per tutelare la salute dei lavoratori nel corso della pandemia. Pertanto, il recente CCNL Funzioni Locali 2019-2021 ha introdotto la nuova disciplina ampliando quella già prevista per il telelavoro e per le altre modalità di cui all’art. 1 del CCNL Enti Locali del 14 settembre 2000, ponendosi l’obiettivo di meglio strutturare le differenti tipologie di lavoro a distanza in coerenza con i principi generali del rapporto di lavoro pubblico. Il presente approfondimento intende analizzare la disciplina del lavoro a distanza alla luce del CCNL Funzioni Locali 2019-2021, con particolare riferimento alla modalità “agile” concentrandosi sui seguenti aspetti:

- i requisiti e i presupposti per l’accesso al lavoro a distanza;
- le modalità di svolgimento del lavoro a distanza;
- i diritti e i doveri del lavoratore a distanza;
- la tutela della salute e della sicurezza del lavoratore a distanza.

1.1. La recente disciplina contrattuale del lavoro a distanza nel contesto del CCNL Funzioni Locali 2019-2021.

Il CCNL Funzioni Locali 2019-2021, con il titolo VI, ha disciplinato il lavoro a distanza nelle sue differenti modalità di esecuzione differenziando la modalità “da remoto”, a cui ha dedicato il Capo II, da quella “agile”, mirando a regolamentare quest’ultima in modo coerente con i principi generali del rapporto di lavoro pubblico e fornendo una disciplina organica della materia.

Nel Contratto Nazionale di lavoro, si apre per gli enti locali la possibilità di avviare un confronto sul tema tra delegazione di parte datoriale e delegazione di parte sindacale⁽²⁾ al fine di meglio strutturare un nuovo modo di approccio a tutta la vita lavorativa dei dipendenti pubblici⁽³⁾.

La definizione di lavoro a distanza è un punto chiave della nuova disciplina con l’introduzione della nuova modalità “agile”, caratterizzata da flessibilità e responsabilizzazione per il lavoratore, che ha la libertà di scegliere luogo e orari di lavoro

1 M. L. KOSSEK, C. A. VEIGA e B. A. SIMS, *The Impact of Remote Work on Employee Well-Being: A Meta-Analysis of the Empirical Literature*, in *Journal of Management*, 2022.

2 Vd. paragrafo dedicato alle Relazioni Sindacali nel nuovo CCNL.

3 A. FENOGLIO, A. MARIAPAOLA, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile (In search of a balance point between the organizational autonomy of the worker and employer’s powers in the agile work)*, in *Labor*, 2021, fasc. 1, 25-58.

purché si raggiungano gli obiettivi richiesti dall'amministrazione. La ricerca dell'equilibrio tra diritti e doveri si è focalizzata soprattutto sul garantire al lavoratore a distanza formazione e assistenza tecnica, e sul diritto/dovere di verificare le prestazioni rese in tali modalità da parte dell'amministrazione. La caratteristica fondamentale è quella di concepire un elemento essenziale del contratto individuale tra parte datoriale e dipendente, quale quello della sede di lavoro, non in modo tradizionale e, cioè, come ufficio inteso quale locale dell'ente. Infatti, va rammentato che l'art. 24 punto f) del CCNL del 16 novembre 2022, ricalcando i precedenti CCNL, nel disciplinare il contratto individuale di lavoro, individua tra gli elementi per i quali è richiesta la forma scritta, la sede di lavoro, dalla quale dipendono ulteriori discipline, come, ad esempio, quella sulla trasferta. Pertanto, da una concezione per così dire "statica" del normale svolgimento della prestazione lavorativa, si passa ad una concezione sempre più "dinamica", anche a prescindere dalle attività svolte "in trasferta".

La nuova disciplina rappresenta un passo avanti significativo nella diffusione del lavoro a distanza nella Pubblica Amministrazione essendo trasversale a tutti i nuovi CCNNL. La definizione di questa modalità come flessibile e responsabilizzata, il riequilibrio tra diritti e doveri, e la tutela della salute dei lavoratori sono elementi cruciali per rendere il lavoro a distanza sostenibile e vantaggioso per entrambe le parti.

Tuttavia, per garantire una diffusione effettiva del lavoro a distanza nella Pubblica Amministrazione, le amministrazioni devono adottare cambiamenti organizzativi e culturali. È essenziale investire nella formazione per lavoratori e dirigenza, adattare i processi organizzativi al lavoro a distanza e promuovere una cultura che superi resistenze e pregiudizi.

In sintesi, la nuova disciplina nel CCNL Funzioni Locali 2019-2021 non solo regolamenta il lavoro a distanza ma segna un progresso significativo verso una modalità di lavoro più flessibile, partendo peraltro tale contratto con notevole vantaggio poiché un percorso già avviato con il CCNL Enti Locali del 14 settembre 2000 rispetto agli altri CCNNL del pubblico impiego privatizzato.

Per quanto concerne in particolare la modalità "agile", al tavolo negoziale occorre tenere conto del fatto che, come è stato già anticipato, ha avuto concreta applicazione nel periodo emergenziale avendo però come obiettivo principale quello del "distanziamento sociale" a tutela della salute pubblica, mentre lo *smart working*, vero e proprio, ha per espressa previsione di legge (*ex art. 18 ,comma 1, L. 81/2017*) lo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro. In particolare, nel caso di lavoro agile la tutela della salute e sicurezza è al centro della nuova disciplina, obbligando le amministrazioni a fornire strumenti e attrezzature necessari per svolgere l'attività in sicurezza e il lavoratore a collaborare alla sua tutela.

1.2. Aspetti trasversali della nuova regolamentazione del lavoro a distanza.

Le problematiche salienti su cui si è lavorato al fine di rendere una compiuta regolamentazione delle diverse fattispecie del lavoro a distanza, oggetto di particolare attenzione alcune da parte del legislatore altre maggiormente rappresentate al tavolo negoziale durante la trattativa con le OO.SS., includono:

- **Gestione delle prestazioni:** l'Ente deve essere in grado di valutare le prestazioni dei lavoratori a distanza in modo efficace. Ciò rappresenta una sfida importante, in quanto la mancanza di supervisione diretta e la distanza fisica possono rendere

più complesso monitorare l'efficienza e l'efficacia del lavoro svolto⁽⁴⁾. Per superare questo ostacolo, si è posto l'accento sull'implementare dei sistemi di valutazione delle prestazioni basati su obiettivi chiari e misurabili. Si possono adottare strumenti di tracciamento delle attività e stabilire metriche di *performance* chiave (KPI) per valutare il contributo di ciascun dipendente. Inoltre, è importante incoraggiare una comunicazione aperta e regolare tra i dipendenti e i responsabili, favorendo un dialogo che permetta di individuare sfide e opportunità di miglioramento. Gli enti locali sono chiamati a modificare il proprio SMVP (Sistema di misurazione e valutazione dei dipendenti) in funzione dell'applicazione del Titolo II del CCNL del 16 novembre 2022.

- **Sicurezza sul lavoro:** questo ambito per i dipendenti in modalità di lavoro a distanza richiede attenzione particolare riguardo soprattutto alle due modalità quale “lavoro da remoto”, dove la responsabilità rimane in capo al datore di lavoro, mentre per il “lavoro agile” viene condivisa con il dipendente. Gli Enti devono garantire che i lavoratori abbiano un ambiente di lavoro sicuro e che siano consapevoli dei rischi ergonomici e di salute associati al lavoro remoto. Ciò può includere la fornitura di attrezzature idonee, la promozione di pause regolari e la sensibilizzazione su pratiche lavorative sicure. Inoltre, Gli Enti devono implementare politiche e procedure specifiche per gestire situazioni di emergenza o incidenti che potrebbero verificarsi durante il lavoro a distanza. La formazione continua e la comunicazione chiara delle politiche di sicurezza sono fondamentali per mitigare i rischi e garantire il benessere dei dipendenti.
- **Tutela della privacy:** le aziende e le amministrazioni pubbliche devono implementare rigorose politiche di protezione dei dati e garantire che tutte le informazioni personali siano gestite in modo sicuro e conforme alle leggi sulla privacy. È fondamentale stabilire in appositi atti interni la modalità di raccolta, archiviazione e condivisione dei dati personali dei dipendenti. Inoltre, è consigliabile fornire ai dipendenti un'adeguata formazione sulla sicurezza informatica per ridurre il rischio di violazioni della privacy. La trasparenza e la comunicazione aperta svolgono un ruolo cruciale per instillare fiducia tra i dipendenti e garantire che le pratiche aziendali rispettino la privacy individuale⁽⁵⁾.

1.3. Il lavoro a distanza negli Enti Locali prima e durante l'emergenza Covid.

Prima del periodo pandemico, il lavoro a distanza nella Pubblica Amministrazione era una modalità di lavoro ancora poco diffusa. In particolare, era limitata a determinate categorie di lavoratori come i dipendenti che svolgevano attività di *back office* o di supporto. Le principali barriere all'adozione del lavoro a distanza nella P.A. erano di natura tecnologica, organizzativa ma soprattutto culturale. In generale, le amministrazioni pubbliche non erano dotate di infrastrutture tecnologiche adeguate per supportare il lavoro a distanza, né avevano sviluppato modelli organizzativi e gestionali idonei a questa modalità di lavoro. Pur in presenza della normativa che introduceva la modalità “agile” sin dal 2017, la forma più diffusa rimaneva il telelavoro. L'Ente forniva al lavoratore un vero e proprio numero telefonico (spesso di rete fissa) e l'utente, che contattava l'operatore, aveva la completa “impressione” che lo stesso fosse in un ufficio ubicato presso l'Ente.

Inoltre, già l'art. 1 del CCNL 14 settembre 2000 prevedeva per gli Enti Locali il

4 C. BENEDETTO, *Procedimenti e organizzazione della pubblica amministrazione Commento a decreto legge 19 maggio 2020 n. 34 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19)*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, fasc. 5, 610-615.

5 Vedasi Linee guida Garante Privacy Provvedimento del 21 dicembre 2023 - Documento di indirizzo “Programmi e servizi informatici di gestione della posta elettronica nel contesto lavorativo e trattamento dei metadati”.

telelavoro che rappresentava, e in alcuni casi rappresenta anche oggi, una modalità di organizzazione del lavoro che permette di svolgere le attività lavorative in luoghi distanti dalla sede centrale grazie all'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT). Questa forma organizzativa venne resa possibile a seguito dello sviluppo tecnologico e della crescente digitalizzazione che hanno caratterizzato la nostra società sin dagli anni '70.

Pertanto, si può sostenere che il concetto di *smart working*/lavoro agile, rappresenta una forma molto più avanzata del telelavoro in quanto il luogo di lavoro non è più statico, ma decentralizzato. Inoltre, i lavoratori in modalità *smart working*/lavoro agile, grazie al supporto tecnologico, godono di ampia flessibilità e autonomia non solo nella scelta del luogo di lavoro, ma anche nella gestione delle ore lavorative e dei carichi di lavoro. Un recente studio condotto dall'*Eurofound*⁽⁶⁾ fornisce evidenze sulla diffusione del telelavoro e del lavoro mobile basato su ICT in Europa, pre-Covid. Secondo i dati del 2015 della *European Working Condition Survey (EWCS)*, il 19% dei lavoratori europei operava in regime di telelavoro, con significative differenze tra paesi. L'Italia registrava la percentuale più bassa di lavoratori che usufruivano delle ICT per il lavoro da remoto (8%) e la diffusione varia notevolmente tra i lavoratori dipendenti (7%) e i lavoratori autonomi (36%). Da segnalare che il panorama presentato ha subito significativi cambiamenti a seguito dell'emergenza sanitaria, che ha spinto l'adozione del lavoro a distanza come misura di salvaguardia per la salute e l'economia.

In particolare, la l. n. 81/2017, ha introdotto in Italia la disciplina organica del lavoro agile e la direttiva n. 3 del 2017 emanata dal Dipartimento della Funzione Pubblica aveva fornito indicazioni più dettagliate.

Purtroppo, a causa delle note difficoltà ad introdurre innovazioni nella P.A., nonostante le appena richiamate indicazioni della Funzione Pubblica che ben tracciavano il percorso da seguire e i CUG, come indicato nella citata Direttiva che gli attribuiva “*un ruolo determinante*”⁽⁷⁾, lo *smart working*/lavoro agile, a parte qualche caso isolato, incontrava molte resistenze da parte della dirigenza che si sentiva rassicurata dalla “presenza in servizio” del dipendente. Pertanto, il lavoro agile ma anche il telelavoro hanno rappresentato soluzioni immediate e indispensabili durante il periodo pandemico da Covid-19.

Come noto l'emergenza sanitaria da Covid-19 è stata dirompente ed ha determinato una forte accelerazione del processo di diffusione del lavoro a distanza nella Pubblica Amministrazione⁽⁸⁾. Al momento impreparati, gli Enti locali, così come quasi tutta la P.A., hanno dovuto affrontare il problema dell'adozione di strumenti tecnologici che potevano consentire ai lavoratori di svolgere la propria attività lavorativa in modalità remota. In questo contesto, il lavoro agile e il telelavoro sono stati utilizzati come soluzioni alternative allo svolgimento della prestazione lavorativa in presenza. Lo *smart working*/lavoro agile *semplificato*, così definito, è stato disposto con l'art. 87 del Decreto-legge 17 marzo 2020, n.18, ed è stato consentito fino al 31.12.2020 (art. 263, comma

6 <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2019/telework-and-ict-based-mobile-work-flexible-working-digital-age>

7 Linee guida in materia di promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. Introduzione punto C. Comitati unici di garanzia.

Un ruolo determinante nell'attuazione delle misure prescritte dovrà essere svolto dai Comitati unici di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni, costituiti ai sensi dell'articolo 57 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché dagli Organismi indipendenti di valutazione, costituiti ai sensi del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150.

Nell'ambito dei loro compiti propositivi, consultivi e di verifica, i Comitati unici di garanzia, infatti, contribuiscono attivamente all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico, migliorando l'efficienza delle prestazioni collegata alla garanzia di un ambiente di lavoro caratterizzato dal rispetto dei principi di pari opportunità, di benessere organizzativo e dal contrasto di qualsiasi forma di discriminazione e di violenza morale o psichica per i lavoratori.

8 *Lavoro agile nella Pubblica Amministrazione: analisi dei fattori di successo*, INAPP, 2022.

1, primo periodo, del Decreto-legge 19 maggio 2020 n. 34, integrato dall'art. 31 del Decreto Legge 16 luglio 2020 n.76, convertito in Legge 11 settembre 2020 n. 20).

Esso, tuttavia, non è stato applicato in forma generalizzata a tutto il personale di un Ente ma solo al personale non addetto ad attività indifferibili ed urgenti. L'art. 263⁹⁾ del D.l. 34/2020 ha, infatti, superato (prima con la deroga e a decorrere dal 15 settembre 2020 con l'abrogazione), la lett. a) del comma 1 dell'art. 87 che limitava la presenza negli uffici pubblici agli addetti alle sole attività indifferibili e urgenti.

Il principio espresso dal legislatore era quello del rientro in servizio del personale che durante il periodo di *lockdown*, prestava il servizio in modalità lavoro agile, in quanto non addetto ad attività indifferibili.

La legge ha voluto che fossero i dirigenti (o i Responsabili di Servizio negli enti senza dirigenza) ad organizzare tale rientro, vigilando che esso avvenisse in piena sicurezza, nel rispetto del protocollo stipulato dal Dipartimento Funzione pubblica con le OO.SS. il 24 luglio 2020.

Dall'altro, il legislatore con il citato art. 263, ha disposto che i dirigenti dovessero organizzare il lavoro dei dipendenti e l'erogazione dei servizi puntando sulla flessibilità oraria, su soluzioni digitali (portali e accesso ai servizi *on demand*) e tramite sistemi di interlocuzione programmata e non in presenza con l'utenza.

In questo quadro di misure si è collocato il lavoro agile semplificato previsto fino al 31 dicembre 2020. La norma citata ha assegnato l'obiettivo di mantenere in lavoro agile il 50% del personale impiegato nelle attività "che potevano essere svolte in tale modalità". Non si tratta più di uno *smart working*/lavoro agile generalizzato per tutte le attività non indifferibili da rendere in presenza, ma di uno *smart working*/lavoro agile programmato, attraverso un piano (atto di natura organizzativa e non regolamentare) correlato ad attività che "in base alla dimensione organizzativa e funzionale" di ciascun ente potessero essere rese in tale modalità.

La legge di conversione del Decreto-legge 16 luglio del 2020, n. 76, ha riformulato l'art. 263 e ha precisato che l'organizzazione del lavoro dovesse consentire di erogare i servizi "con regolarità, continuità, efficienza, nonché nel rigoroso rispetto delle tempistiche previste dalla normativa vigente".

Come ha chiarito la circolare n. 3/2020 della Funzione pubblica è stato, dunque, necessario che i dirigenti aggiornassero ed implementassero la mappatura delle attività che potessero essere svolte in modalità agile senza arrecare disfunzioni o ritardi, tenendo conto della situazione organizzativa.

Sulla base dell'esperienza acquisita nel corso dell'anno 2020, gli Enti hanno potuto disciplinare a regime, a decorrere dal 1° gennaio 2021, tramite un Piano organizzativo per il lavoro agile (POLA), le diverse modalità di lavoro a distanza (telelavoro, lavoro agile) e organizzazione flessibile dell'orario di lavoro. In caso di mancata adozione del POLA, "il lavoro agile si applica almeno al 30 per cento dei dipendenti, ove lo richiedano", come previsto dall'articolo 14 della Legge 7 agosto 2015, n. 124, come modificato dal DL 24/20.

Era stabilito che tale Piano prevedesse, nel caso dello *smart working*/lavoro agile, la definizione degli ambiti in cui potessero essere svolte le prestazioni in astratto, le modalità e i tempi di richiesta di fruizione dell'istituto da parte del personale, i criteri di preferenza e di alternanza in caso di richieste superiori a quelle accoglibili, le fasce di contattabilità, l'individuazione degli istituti contrattuali applicabili.

Occorre tenere conto del fatto che lo *smart working*/lavoro agile che ha caratteriz-

9 Linee di indirizzo per l'applicazione del lavoro agile nelle province, ai sensi dell'articolo 263 del D.l. 34/20, UPI, Roma, 24 settembre 2020.

zato questo periodo emergenziale aveva come obiettivo principale quello del “distanziamento sociale” a tutela della salute pubblica, mentre lo *smart working*/lavoro agile, vero e proprio, ha per espressa previsione di legge (*ex art. 18, comma 1, L. 81/2017*) lo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro.

Negli Enti si è dovuto procedere, forse nella maggior parte dei casi per la prima volta nella loro storia, alla mappatura delle attività che dovessero essere necessariamente svolte in presenza. Tra queste si possono citare, a mero titolo di esempio, le attività dei dirigenti e dei funzionari apicali per i settori non coperti da dirigenti, oppure le attività amministrative e di coordinamento dei diversi settori strettamente necessarie a non interrompere i servizi e calibrate in rapporto alle necessità contingenti, le attività dei servizi di protezione civile, le attività di polizia locale, le attività di vigilanza e direzioni lavori sui cantieri per la manutenzione degli edifici scolastici, della rete stradale e degli altri lavori di competenza di ciascun Ente, attività per le quali era necessario l’ utilizzo di strumenti e supporti non digitali ed, infine, attività di accoglienza e di supporto al funzionamento dell’ente.

Il contingente di personale del 50% da impiegare in *smart working*/lavoro agile è stato calcolato pertanto sul personale che fosse impiegato nelle altre “attività” in cui era possibile lavorare in modalità agile sulla base delle richieste degli interessati. Per questa individuazione del contingente di lavoratori in modalità agile si è reso necessario, in ogni Ente, stabilire dei criteri generali e trasparenti che si basassero sullo stato complessivo di salute dei dipendenti, sulla situazione familiare, sulla rotazione programmata della presenza, ecc..

Fermo restando l’autonomia organizzativa degli enti, l’amministrazione ha dovuto ricevere una manifestazione di interesse allo svolgimento del lavoro in modalità agile dal personale impiegato in attività in cui ciò era possibile, dando priorità a:

- soggetti fragili (condizione attestata dal Medico competente);
- genitori con figli in età scolare (fino 16 anni compiuti);
- dipendenti con famigliari titolari della Legge 5 febbraio 1992, n. 104;
- dipendenti con famigliari che necessitano di cure anche se non titolari della legge 104/92 (previa acquisizione agli atti di documentazione medica);
- dipendenti con distanza casa-lavoro (es. di parametro: linee extraurbane).

Da evidenziare che il diritto a tale modalità di lavoro permane in costanza dei requisiti.

Infine, è occorso definire le modalità di espletamento del lavoro agile. Fermo restando le ampie misure di flessibilità oraria in entrata ed in uscita e l’autonomia di ogni ente, l’orario di lavoro è spesso stato calibrato, nella maggior parte degli enti, a titolo indicativo su 7h 12m al giorno, con possibilità di espletare la prestazione di lavoro agile in una fascia oraria molto ampia dalle 7.30 alle 19.30, dal lunedì al venerdì, e con l’obbligo di almeno 30 minuti di pausa.

Al fine di garantire il coordinamento del lavoro è stato previsto l’obbligo di compresenza in una fascia oraria decisa con il rispettivo dirigente che potesse essere articolato indicativamente nel modo seguente:

- soggetti fragili: la frequenza settimanale viene decisa con il supporto dal medico competente;
- genitori con figli in età scolare (fino 16 anni compiuti): la frequenza è decisa in funzione delle problematiche connesse ai servizi educativi;
- dipendenti con famigliari titolari della l. 104/92: la frequenza settimanale è decisa in funzione delle esigenze organizzative (ad esempio, massimo 2 gg alla settimana);
- dipendenti con familiari che necessitano di cure anche se non titolari della legge

- 104/92: la frequenza settimanale è decisa in funzione delle esigenze organizzative (ad esempio: massimo 2 gg alla settimana);
- dipendenti con distanza casa-lavoro extraurbana: la frequenza settimanale è decisa in funzione delle esigenze organizzative (ad esempio: massimo 2 gg alla settimana).

Nel Piano di organizzazione del lavoro agile fino al 31 dicembre 2020 gli Enti hanno considerato anche i seguenti aspetti:

- la possibilità di rientrare in servizio uno o più giorni lavorativi della settimana, in relazione alle esigenze organizzative concordate con il dirigente;
- la partecipazione del dipendente in modalità agile a *conference call* e a riunioni via *web*;
- eventuali uscite nelle fasce di compresenza pattuita vanno preventivamente comunicate via *e-mail* al proprio responsabile;
- con periodicità pattuita con il rispettivo dirigente va inviato al proprio responsabile un *report* riassuntivo del lavoro settimanale svolto;
- non si maturano buoni pasto;
- il non utilizzo di permessi retribuiti (ad ore) art. 35 (espletamento visite mediche), permessi legge 104/92 e permessi assemblea anche in modalità telematica.

Tutti questi elementi hanno caratterizzato il lavoro agile nel periodo pandemico utilizzato quale modalità di distanziamento sociale e andando di fatto a costituire un adattamento temporaneo dell'istituto originario così come codificato dal legislatore.

1.4. Natura e configurazione della prestazione resa a distanza in modalità “agile”.

Nell'ambito della disciplina del lavoro a distanza, è utile analizzarne la principale tipologia quale lo *smart working*/lavoro agile, partendo dalla sua caratteristica primaria ossia la dislocazione dinamica del lavoratore rispetto alla tradizionale modalità in presenza. Vale la pena fare qualche cenno al fatto che in Italia si è affermata la definizione “*Smart Working*” che, tuttavia, non appare corretta dal punto di vista della lingua inglese, dove il lavoro agile è chiamato “*Working remotely*” oppure “*Working from home*” o semplicemente definito con l'acronimo *WFH*. Questa tipologia di erogazione della prestazione lavorativa si basa su due elementi essenziali quali la flessibilità e la responsabilizzazione del lavoratore. Questi, infatti, è libero di scegliere il luogo, ma gli orari di lavoro sono quelli concordati con il datore di lavoro. È inoltre responsabile della propria attività e del proprio tempo.

L'utilizzo di strumenti tecnologici per la comunicazione e la collaborazione tra lavoratori, tra lavoratori e dirigenza/responsabili, tra lavoratori e utenza è determinante per il corretto svolgimento del lavoro agile. I principali strumenti tecnologici che la parte datoriale è tenuta a mettere a disposizione per il lavoratore sono **la posta elettronica**, che consente di comunicare in modo semplice e veloce; **un applicativo di videoconferenza**, che consente di effettuare riunioni e conferenze in tempo reale; **un software di condivisione dei file**, che consente di condividere documenti e informazioni; **una configurazione via VPN (*virtual private network*)** oppure un sistema predefinito per accedere al *server* aziendale locale (*database*, applicativi, propri *file* di scrivania, accesso a cartelle condivise tra colleghi, ...) e operare sui *software* dell'Ente Locale come se si fosse in ufficio.

Tale nuova forma costituisce attualmente una modalità di lavoro in crescita⁽¹⁰⁾ che sta sostituendo quella tradizionale caratterizzata dalla presenza in sede. La sua diffusione, infatti, è una tendenza in costante aumento, sia in Italia che nel resto del mondo poiché questa innegabilmente ha confermato di offrire una serie di vantaggi sia per i

10 *Il lavoro agile in Italia: analisi dei dati del 2022*, Osservatorio Nazionale del Lavoro Agile, 2023.

dipendenti che per gli Enti. Per i lavoratori, il lavoro agile consente di conciliare meglio la vita professionale con la vita privata, ridurre i costi di trasporto (e quindi anche l'inquinamento), migliorare il benessere psicofisico. Per gli Enti, analogamente, il lavoro agile consente di ridurre i costi di locazione oppure di riscaldamento e di illuminazione degli uffici, migliorare la produttività dei propri dipendenti. Tuttavia, bisogna rammentare che ancora pochi anni orsono la Sociologia del lavoro considerava il lavoro in *team* quale fondamentale strumento per il raggiungimento di risultati migliori in tempi più brevi⁽¹¹⁾, il *problem solving* maggiormente efficace in contesti quali il lavoro di gruppo che la riunione formale, per cui il lavoro a distanza presenta anche alcuni limiti da non sottovalutare⁽¹²⁾. Il principale, quindi, è proprio la difficoltà di mantenere la collaborazione e la comunicazione tra i dipendenti. È innegabile, infatti, che lavorare a distanza può rendere più difficile la condivisione di informazioni, la risoluzione di problemi e la costruzione di relazioni di fiducia. Per attenuare questa limitazione, è indispensabile utilizzare strumenti digitali che consentano di comunicare e collaborare in modo efficace. Un ulteriore importante limite del lavoro agile è il rischio concreto di isolamento sociale poiché lavorare a distanza può generare un senso di isolamento e solitudine, che può avere un impatto negativo sulla salute mentale e sul benessere dei lavoratori. Al fine di evitare l'isolamento sociale, è importante attuare misure tali che i dipendenti abbiano la possibilità di incontrarsi regolarmente, anche se in modalità virtuale organizzando riunioni, *workshop* e altre attività di *team building online*. È inoltre importante che i lavoratori abbiano la possibilità di interagire con i colleghi anche in modo informale, ad esempio attraverso *chat* o *social media* o *intranet*. Inoltre, tale modalità rende non raggiungibili alcuni scopi che una idonea formazione dei dipendenti garantisce quando essa si svolge in presenza quali consentire ai lavoratori di imparare da altri colleghi, sperimentare nuove attività e ricevere *feedback* immediato. La formazione a distanza può rivelarsi anche più difficile da organizzare e può rivelarsi quindi anche meno efficace. Per superare questo limite, è importante, come d'anzì anticipato, che gli Enti Locali investano in strumenti e metodologie di formazione a distanza efficaci quali piattaforme di *e-learning*, videoconferenze e altre tecnologie per offrire ai lavoratori opportunità di formazione di qualità. Il lavoro agile se da un lato ha lo scopo di conciliare la vita professionale alla vita privata dall'altro risulta sicuramente più difficile separarle. Questo può portare a un aumento dello *stress* e del rischio di *burnout*⁽¹³⁾. Per ridurre il rischio, è importante che i lavoratori stessi prendano consapevolezza di tale rischio e stabiliscano dei confini chiari tra la vita professionale e la vita privata e che abbiano la possibilità di ritagliarsi del tempo per sé stessi e per le proprie attività personali. Questi delicati aspetti sono stati oggetto di attenzione da parte della contrattazione collettiva al fine di tutelare i diritti, comunque, nell'ottica della migliore produttività possibile⁽¹⁴⁾.

1.5. Il lavoro agile tra legge e contratto collettivo.

Abbiamo già avuto modo di richiamare il quadro normativo di riferimento fotografandone l'origine per l'istituto del lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro comunque subordinato, caratterizzata da una maggiore flessibilità e autonomia rispetto alla prestazione resa in sede e al telelavoro.

11 È necessario rammentare che già Emile Durkheim ci illuminava sulla necessità del contatto in presenza Vd. E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale* (1893), *Le regole del metodo sociologico* (1895).

12 F. BELLINI, *Lavoro agile: come implementarlo e gestirlo*, Egea, 2023.

13 F. BELLINI, F. CINELLI, C. D'ANDREA, a cura di, *Lavoro agile e salute mentale: un'indagine su lavoratori e manager*, Franco Angeli, 2023; E. BELLINI, *Lavoratori agili: in aumento i casi di burnout*, Il Sole 24 Ore, 20 luglio 2023.

14 S. J. GOLDEN, C. A. VEIGA e B. A. SIMS, *The Impact of Remote Work on Employee Productivity: A Meta-Analysis of the Empirical Literature*, in *Journal of Applied Psychology*, 2022.

La legge 22 maggio 2017, n. 81 ha previsto che lo *smart working*/lavoro agile potesse essere applicato a tutti i lavoratori dipendenti. Per poter accedere al lavoro agile, il lavoratore è tenuto a presentare al proprio datore di lavoro una domanda scritta ai fini dell'espressione della propria volontà di tale modalità di svolgimento della propria prestazione. Pertanto, devono essere presenti due elementi essenziali: la natura delle attività del lavoratore¹⁵ e il proprio consenso essendo tale modalità attivabile solo su base consensuale.

L'art. 65 del CCNL FL del 16 novembre 2022, in coerenza con le disposizioni legislative già vigenti, ha provveduto a disciplinare l'Accordo che deve essere stipulato tra parte datoriale e dipendente per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova. Il datore di lavoro è tenuto a valutare la domanda del lavoratore e in caso di accoglimento, e a questo punto il datore di lavoro e il lavoratore devono stipulare un accordo scritto, che deve contenere i seguenti elementi: durata, avendo presente che lo stesso può essere a termine o a tempo indeterminato; modalità di svolgimento della prestazione lavorativa fuori dalla sede abituale di lavoro, con specifica indicazione delle giornate di lavoro da svolgere in sede e di quelle da svolgere a distanza; modalità di recesso, motivato se ad iniziativa dell'Ente, che deve avvenire con un termine non inferiore a 30 giorni salve le ipotesi previste dall'art. 19 della L. n. 81/2017; ipotesi di giustificato motivo di recesso; indicazione delle fasce di cui all'art. 66 (Articolazione della prestazione in modalità agile e diritto alla disconnessione), tra le quali va comunque individuata la fascia di inoperabilità; i tempi di riposo del lavoratore, che comunque non devono essere inferiori a quelli previsti per il lavoratore in presenza e le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro; le modalità di esercizio del potere direttivo e di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali dell'ente nel rispetto di quanto disposto dall'art. 4 della Legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni; l'impegno del lavoratore a rispettare le prescrizioni indicate nell'informativa sulla salute e sicurezza sul lavoro agili, ricevuta dall'amministrazione.

L'accordo di *smart working*/lavoro agile può essere stipulato per un periodo determinato o indeterminato. In caso di accordo a tempo determinato, il lavoratore ha diritto a rientrare in sede al termine del periodo di lavoro agile.

Il legislatore ha sin da subito chiarito che il lavoratore agile ha diritto a una retribuzione non inferiore a quella che percepirebbe se lavorasse in sede. Inoltre, il lavoratore agile ha diritto a fruire delle stesse ferie e permessi previsti per i lavoratori che lavorano in sede.

La legge n. 81/2017 prevede che il datore di lavoro oltre a fornire al lavoratore agile gli strumenti e le attrezzature necessari per svolgere la propria attività lavorativa deve garantire la tutela della salute e della sicurezza del lavoratore agile e a tale scopo assume rilievo anche la predisposizione del piano che individui i processi, o segmenti di essi, che possono essere svolti in lavoro agile.

L'inserimento della nuova disciplina da parte dell'autonomia contrattuale trae origine più recente dal *Patto per la l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale* tra OO.SS e Governo del 10 marzo 2021. Al punto 2 di tale Intesa si legge infatti "*Con riferimento alle prestazioni svolte a distanza (lavoro agile), occorre porsi nell'ottica del superamento della gestione emergenziale, mediante la definizione, nei futuri contratti collettivi nazionali, di una disciplina che garantisca condizioni di lavoro trasparenti, che favorisca la produttività e l'orientamento ai risultati, concili le esigenze delle lavoratrici e dei lavoratori con le esigenze organizzative delle Pubbliche Amministrazioni, consentendo, ad un tempo, il miglioramento dei servizi pubblici e dell'equilibrio fra vita profes-*

15 Definite impropriamente "remotizzabili".

sionale e vita privata. Nell'ambito dei contratti collettivi nazionali di lavoro del triennio 2019-21, saranno quindi disciplinati, in relazione al lavoro svolto a distanza (lavoro agile), aspetti di tutela dei diritti sindacali, delle relazioni sindacali e del rapporto di lavoro (quali il diritto alla disconnessione, le fasce di contattabilità, il diritto alla formazione specifica, il diritto alla protezione dei dati personali, il regime dei permessi e delle assenze ed ogni altro istituto del rapporto di lavoro e previsione contrattuale). Tali elementi sono poi confluiti e meglio specificati nell'Atto di Indirizzo inviato dal Dipartimento della Funzione Pubblica ad Aran sulla base del quale, ai sensi degli artt. 41 e 47 del Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, viene avviata la trattativa che conduce alla firma dell'Ipotesi di contratto collettivo tra le parti.

Sin dall'avvio le OO.SS. hanno focalizzato l'attenzione sulla tutela del riposo psico-fisico giornaliero del dipendente che svolge la prestazione in modalità agile facendosi garanti di tale tematica, peraltro oggetto di attenzione anche da parte dell'Unione Europea che già con la Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 ha provveduto a fornire raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181). La CGUE ha confermato che le direttive 89/391/CEE e 2003/88/CE imponevano ai datori di lavoro l'obbligo di predisporre un sistema che consentisse la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore e che tale sistema doveva essere "oggettivo, affidabile e accessibile"⁽¹⁶⁾. Inoltre, ha indicato che le modalità pratiche per l'esercizio del diritto alla disconnessione da parte del lavoratore e per l'attuazione di tale diritto da parte del datore del lavoro andavano concordate dalle parti sociali per mezzo di un accordo collettivo o a livello dell'impresa datrice di lavoro. Gli Stati membri avevano l'obbligo di garantire che i datori di lavoro istituissero un sistema oggettivo, affidabile e accessibile tale da consentire la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore, conformemente alla giurisprudenza della CGUE. In sintesi, sin dalle prime battute veniva focalizzata l'attenzione sul fatto che era necessario stabilire un parametro di riferimento tra «orario di lavoro» e disconnessione/pausa.

Pertanto, l'Unione Europea aveva già sottolineato l'importanza di introdurre strumenti che scongiurassero il pericolo di mancato recupero psico-fisico del lavoratore. Le disposizioni contrattuali, come avremo modo di approfondire più nel dettaglio, sono intervenute a definire e regolamentare il "diritto alla disconnessione" da parte del lavoratore.

Realizzata, quindi, l'operazione che ha ricondotto l'istituto nell'alveo della contrattazione collettiva, sicuramente la *sedes materiae* nella quale regolare gli adempimenti di ambo le parti, datoriale e dipendente, si può considerare completato l'*iter* riguardante il "contenitore", pertanto, è necessario esaminarne le disposizioni contrattuali ivi contenute e le modalità applicative di queste.

2. La disciplina contrattuale del lavoro a distanza.

2.1. La nuova architettura contrattuale.

Il CCNL Funzioni Locali del 16 novembre 2022 con il Titolo II del Capo VI, oltre ad introdurre la disciplina anche contrattuale del lavoro agile, imposta e definisce le tipologie del lavoro a distanza differenziandole, partendo dagli elementi essenziali che caratterizzano le due fattispecie. Il dettato contrattuale, infatti, partendo dall'inesistenza del vincolo orario differenzia tale fattispecie⁽¹⁷⁾ dal lavoro da remoto disciplinato invece dall' art. 68 e ss. del CCNL del 16 novembre 2022 che può essere prestato

16 Già con la Direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa alle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori mobili nell'Unione Europea, che ha introdotto una serie di norme minime in materia di lavoro agile per i lavoratori mobili nell'UE.

17 La norma di cui all' art.18, comma 1, l. 81/2017 espressamente indica "senza precisi vincoli di orario".

anche, con vincolo di tempo e nel rispetto dei conseguenti obblighi di presenza derivanti dalle disposizioni in materia di orario di lavoro, attraverso una modificazione del luogo di adempimento della prestazione lavorativa, che comporta la effettuazione della prestazione in luogo idoneo e diverso dalla sede dell'ufficio al quale il dipendente è assegnato. Il CCNL prevede che il lavoro da remoto - realizzabile con l'ausilio di dispositivi tecnologici, messi a disposizione dall'amministrazione - può essere svolto nelle forme seguenti:

a) presso il domicilio del dipendente;

b) altre forme di lavoro a distanza, come presso le sedi di *coworking* o i centri satellite.

Nel lavoro da remoto con vincolo di tempo di cui al presente articolo il lavoratore è soggetto ai medesimi obblighi derivanti dallo svolgimento della prestazione lavorativa presso la sede dell'ufficio, con particolare riferimento al rispetto delle disposizioni in materia di orario di lavoro. Sono altresì garantiti tutti i diritti previsti dalle vigenti disposizioni legali e contrattuali per il lavoro svolto presso la sede dell'ufficio, con particolare riferimento a riposi, pause, permessi orari e trattamento economico. In tema di relazioni sindacali ricade anch'esso nella previsione del Confronto.

Le amministrazioni possono adottare il lavoro da remoto con vincolo di tempo - con il consenso del lavoratore e, di norma, in alternanza con il lavoro svolto presso la sede dell'ufficio - nel caso di attività, previamente individuate dalle stesse amministrazioni, ove è richiesto un presidio costante del processo e ove sussistono i requisiti tecnologici che consentano la continua operatività ed il costante accesso alle procedure di lavoro ed ai sistemi informativi oltreché affidabili controlli automatizzati sul rispetto degli obblighi derivanti dalle disposizioni in materia di orario di lavoro, pienamente rispondenti alle previsioni di cui all'art. 29 (Orario di lavoro) del CCNL del 16 novembre 2022. Gli Enti avranno cura di facilitare l'accesso al lavoro da remoto secondo i criteri di priorità oggetto di confronto. L'amministrazione concorda con il lavoratore il luogo o i luoghi ove viene prestata l'attività lavorativa ed è tenuta alla verifica della sua idoneità, anche ai fini della valutazione del rischio di infortuni, nella fase di avvio e, successivamente, con frequenza almeno semestrale. Nel caso di lavoro prestato presso il domicilio, l'amministrazione concorda con il lavoratore tempi e modalità di accesso al domicilio per effettuare la suddetta verifica. Inoltre, viene definito dal CCNL che al lavoro da remoto si applica quanto previsto in materia di lavoro agile (Accordo individuale) dall'art. 65 ovviamente on eccezione del comma 1 lett. e) dello stesso che prevede l'indicazione delle fasce e disconnessione e dall'art. 66 (Articolazione della prestazione in modalità agile) commi 4 e 5 che stabiliscono comportamenti nel caso di mancato funzionamento tecnico e dei casi di rientro in sede del lavoratore agile. Inoltre, l'autonomia collettiva prevede con l'art. 69 le iniziative da mettere in campo per la formazione per il dipendente che intenda fare ricorso all'istituto del lavoro da remoto. Al fine di accompagnare il percorso di introduzione e consolidamento del lavoro da remoto, nell'ambito delle attività del piano della formazione saranno previste specifiche iniziative formative per il personale che usufruisca di tale modalità di svolgimento della prestazione al fine di formare il personale all'utilizzo delle piattaforme di comunicazione e degli altri strumenti previsti per operare in modalità da remoto.

Da ultimo l'art. 70 del CCNL del 16 novembre 2022 provvede ad armonizzare il lavoro a distanza con la precedente modalità di cui al CCNL del 2000 denominato *Disapplicazione della disciplina sperimentale del telelavoro*. Tale disposizione prevede che dalla data di entrata in vigore della nuova disciplina sono disapplicate le disposizioni previste dall'art. 1 del CCNL del 14.9.2000. Fino alla scadenza dei progetti di cui all'art. 3 del Decreto Presidente della Repubblica 8 marzo 1999 n.70, sono fatti salvi gli accordi di telelavoro sottoscritti alla data di entrata in vigore del presente CCNL e il trattamento economico in godimento, in base alla previgente disciplina.

2.2. Le relazioni sindacali.

La prima questione che il nuovo CCNL FL affronta è quella inerente le Relazioni Sindacali. Nell'ambito del dialogo costruttivo tra le parti, già la precedente tornata contrattuale aveva inserito nel sistema di relazioni sindacali una nuova forma di partecipazione sindacale denominata "confronto". Per l'applicazione di tale particolare forma di partecipazione sindacale, introdotta nella precedente tornata contrattuale, il CCNL ha previsto l'invio ai soggetti sindacali degli elementi conoscitivi con le modalità previste per la sola informazione. Entro 5 giorni, se richiesto dai soggetti sindacali, le parti si incontrano, in presenza di motivi di urgenza l'incontro può essere proposto dall'Ente contestualmente all'invio dell'informazione. Il periodo durante il quale si svolgono gli incontri non può essere superiore a 30 giorni e al termine del "confronto", è redatta una sintesi dei lavori e delle posizioni emerse.

L'ultimo CCNL FL nel disciplinare il lavoro a distanza ha indicato tra le materie oggetto di confronto i criteri generali delle modalità attuative del lavoro agile e del lavoro da remoto nonché i criteri di priorità per l'accesso agli stessi i criteri generali delle modalità attuative del lavoro agile e del lavoro da remoto, criteri generali per l'individuazione dei processi e delle attività di lavoro, con riferimento al lavoro agile e al lavoro da remoto, nonché i criteri di priorità per l'accesso agli stessi.

Peraltro, anche l'Organismo Paritetico per l'Innovazione, nel CCNL del comparto FL previsto per gli Enti con più di 70 dipendenti, ha competenze relative in particolare all'organizzazione del lavoro agile. Tale Organismo costituisce una modalità relazionale finalizzata al coinvolgimento partecipativo delle organizzazioni sindacali di tutto ciò che abbia una dimensione progettuale, complessa e sperimentale, di carattere organizzativo dell'Ente. Esso ha competenza rispetto a Progetti di organizzazione e innovazione, miglioramento dei servizi, anche con riferimento alle politiche formative, al lavoro agile e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, al fine di formulare proposte all'Amministrazione o alle parti negoziali della contrattazione integrativa.

La contrattazione collettiva ne ha disciplinato la composizione paritetica ed è formato da un componente designato da ciascuna delle OO.SS. firmatarie del CCNL, nonché da una rappresentanza dell'Ente, con rilevanza pari alla componente sindacale. Inoltre, ne ha disciplinato la modalità di funzionamento prevedendo che si riunisca almeno due volte l'anno e, comunque, ogniqualvolta l'Amministrazione manifesti l'intenzione di progettualità organizzativa innovativa, complessa, per modalità e tempi di attuazione e sperimentale.

2.3. I presupposti per l'accesso al lavoro a distanza.

I presupposti per l'accesso al lavoro a distanza, come già anticipato, sono stabiliti dalla legge e ora anche dalla contrattazione collettiva. In Italia, la legge n. 81/2017, che disciplina il lavoro agile, prevede che esso possa essere svolto da tutti i lavoratori subordinati, a prescindere dalla tipologia contrattuale, dalla qualifica e dalla mansione svolta. Tuttavia, la legge prevede che l'accordo individuale di lavoro a distanza debba indicare la compatibilità delle mansioni svolte dal lavoratore con il lavoro a distanza.

La contrattazione collettiva può prevedere dei presupposti ulteriori per l'accesso al lavoro a distanza. Il recente CCNL Funzioni Locali 2019-2021, dall'art. 63 e ss., prevede che l'accesso al lavoro a distanza sia subordinato al rispetto dei seguenti presupposti:

- Compatibilità con la natura delle mansioni svolte dal lavoratore. Questo presupposto significa che le mansioni svolte dal lavoratore devono essere compatibili con lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità remota. In particolare, le mansioni devono essere tali da poter essere svolte in autonomia e senza la necessità di supervisione o coordinamento costante da parte del datore di lavoro.

- Disponibilità dei lavoratori a raggiungere i risultati lavorativi con la medesima efficacia e produttività rispetto al lavoro svolto in presenza. Questo presupposto significa che i lavoratori devono essere in grado di raggiungere gli obiettivi lavorativi con la stessa efficacia e produttività, anche se svolgono la prestazione lavorativa da remoto.

- Disponibilità dei lavoratori a utilizzare gli strumenti tecnologici necessari per lo svolgimento della prestazione lavorativa in tali modalità. Questo presupposto significa che i lavoratori devono essere in grado di utilizzare gli strumenti tecnologici necessari per comunicare e collaborare con i colleghi e con il datore di lavoro.

Anche effettuando un'analisi dei presupposti, osserviamo che il presupposto più importante per l'accesso al lavoro a distanza attiene alla compatibilità con la natura delle mansioni svolte dal lavoratore. Questo elemento è necessario per garantire che la prestazione lavorativa possa essere svolta in modo efficace e produttivo⁽¹⁸⁾, anche se il lavoratore si trova in un luogo diverso dall'ufficio. La compatibilità delle mansioni con il lavoro a distanza può essere valutata in base a diversi fattori, tra cui:

- Il grado di autonomia nella prestazione lavorativa. Le mansioni che richiedono un alto grado di autonomia sono più compatibili con il lavoro a distanza rispetto alle mansioni che richiedono un alto grado di supervisione o coordinamento.
- Il grado di interazione con i colleghi e con il datore di lavoro. Le mansioni che richiedono un alto grado di interazione sono meno compatibili con il lavoro a distanza rispetto alle mansioni che richiedono un basso grado di interazione.
- La natura dei dati e delle informazioni trattati. Le mansioni che trattano dati e informazioni sensibili o riservate sono meno compatibili con il lavoro a distanza rispetto alle mansioni che trattano dati e informazioni non sensibili.
- Per la modalità agile sono esclusi i lavori in turno e quelli che richiedono l'utilizzo costante di strumentazioni non remotizzabili (art. 64 CCNL FL).
- Un secondo presupposto si basa sulla disponibilità dei lavoratori a raggiungere i risultati lavorativi con la medesima efficacia e produttività⁽¹⁹⁾ rispetto al lavoro svolto in presenza. Tale presupposto è importante per garantire che il datore di lavoro non subisca un pregiudizio economico o organizzativo a causa del lavoro a distanza. Questo presupposto può essere valutato in base a diversi fattori, tra cui:
 - La capacità del lavoratore di gestire le proprie attività in modo efficace.
 - La capacità del lavoratore di utilizzare gli strumenti tecnologici necessari per la prestazione lavorativa a distanza.
 - La disponibilità del lavoratore a collaborare con i colleghi e con il datore di lavoro, anche se in modalità virtuale.

Un ultimo presupposto è relativo alla disponibilità dei lavoratori a utilizzare gli strumenti tecnologici necessari per lo svolgimento della prestazione lavorativa a distanza. Esso è importante per garantire che il lavoratore possa svolgere la propria attività in modo efficace. Gli strumenti tecnologici necessari per il lavoro a distanza possono includere:

- Un computer o un dispositivo mobile con una connessione *Internet* stabile.
- *Software* per la comunicazione e la collaborazione, come videoconferenze, *chat* e condivisione di *file*.
- Strumenti per la sicurezza informatica.
- I lavoratori devono essere in grado di utilizzare questi strumenti in modo efficace e sicuro. Non è possibile prescindere da una formazione precisa e aggiornata, anche con consegna a mano al lavoratore di documentazione relativa al rispetto

18 M. CINELLI, *Lavoro agile: la nuova frontiera della produttività*, La Repubblica, 2 agosto 2023.

19 M.C. CIPOLLA, *Lavoro agile: flessibilità e produttività*, Giappichelli, 2021.

della sicurezza, al codice di comportamento del dipendente pubblico aggiornato alle ultime linee guida ANAC e al DPR 13 giugno 2023, n. 81, entrato in vigore il 14 luglio 2023.

2.4. Le modalità di svolgimento del lavoro agile.

La legge 17 luglio 2020 n.77 istituendo il POLA – Piano Organizzativo del Lavoro Agile – una sezione del Piano della *Performance* in cui ogni Ente locale, entro il 31 gennaio, deve definire le proprie misure organizzative necessarie per consolidare il Lavoro Agile nel proprio contesto – abbia inteso dar corso ad uno strumento di organizzazione che includesse, relativamente allo *Smart Working* i requisiti tecnologici, i percorsi formativi del personale (anche dirigenziale), gli strumenti di rilevazione e verifica periodica dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, la digitalizzazione dei processi, la verifica della qualità dei servizi. Con il Decreto-legge 9 giugno 2021 n. 80, il POLA è entrato a far parte del PIAO (Piano integrato di attività e di organizzazione).

L'art. 63 del CCNL Funzioni Locali 2019-2021 giunge a delineare con ulteriore chiarezza le modalità di svolgimento del lavoro agile. Secondo questa disposizione contrattuale, la modalità agile può essere organizzata in diverse configurazioni. In primo luogo, è possibile che il lavoro a distanza venga svolto in parte all'interno dei locali dell'ente e in parte all'esterno di essi. Questa modalità offre una flessibilità significativa, consentendo ai dipendenti di alternare tra l'ambiente tradizionale dell'ufficio e luoghi esterni, come la propria abitazione o luoghi pubblici adeguatamente attrezzati per il lavoro. La disposizione prevede, altresì, che il lavoro agile possa essere svolto integralmente all'esterno dei locali dell'ente. Questa opzione rappresenta una modalità più estrema di tale fattispecie, eliminando completamente la necessità di presenza fisica nei tradizionali spazi lavorativi. Tale disposizione riflette la crescente accettazione e diffusione del concetto di lavoro completamente remotizzabile, in cui i dipendenti possono adempiere alle proprie responsabilità professionali da qualsiasi luogo, purché garantiscano la continuità delle attività e raggiungano gli obiettivi prefissati. Oltre alla collocazione fisica, l'articolo 63 del CCNL Funzioni Locali ne sottolinea la flessibilità in termini di orario e durata dell'impiego. Il lavoro agile può essere svolto a tempo pieno o parziale, offrendo ai lavoratori la possibilità di adattare le proprie ore lavorative alle esigenze personali e professionali (art. 64 CCNL FL). Inoltre, questa modalità di lavoro può essere adottata sia per contratti a tempo indeterminato che a tempo determinato, evidenziandone pertanto la versatilità come opzione occupazionale. Questa flessibilità contrattuale consente alle organizzazioni e ai dipendenti di personalizzare le condizioni di lavoro in modo da rispondere alle esigenze specifiche del ruolo e dell'individuo, promuovendo al contempo una maggiore conciliazione tra lavoro e vita personale.

2.5. I diritti e i doveri del lavoratore a distanza.

Le disposizioni contrattuali del CCNL Funzioni Locali hanno provveduto a stabilire specifica tutela dei seguenti diritti dei dipendenti:

- Diritto alla salute e alla sicurezza sul lavoro. Il lavoratore a distanza ha diritto a un ambiente di lavoro sicuro e salubre, anche in modalità remota ma con opportune differenze tra la modalità lavoro agile e lavoro da remoto. Il datore di lavoro è tenuto a fornire al lavoratore a distanza le informazioni e le attrezzature necessarie per garantire la sua salute e sicurezza sul lavoro ma nel caso di lavoro agile è richiesta una maggiore collaborazione da parte del dipendente che dovrà farsi carico della scrupolosa osservanza dell'informativa che gli viene consegnata da parte datoriale.
- Diritto al buono pasto. Nella fattispecie "lavoro agile", in assenza di un parametro di riferimento non essendovi precisi vincoli di orario, il buono pasto non viene

riconosciuto⁽²⁰⁾.

- Diritto alla formazione e all'aggiornamento professionale. Il lavoratore a distanza ha diritto alla formazione e all'aggiornamento professionale, anche in modalità remota. Il datore di lavoro è tenuto a garantire al lavoratore a distanza le opportunità di formazione e aggiornamento professionale necessarie per svolgere la sua attività in modo efficace e produttivo.
- Diritto alla partecipazione alla vita dell'ente. Il lavoratore a distanza ha diritto a partecipare alla vita dell'ente, anche in modalità remota. Il datore di lavoro è tenuto a garantire al lavoratore a distanza la possibilità di partecipare a riunioni, incontri e altre attività lavorative, anche in modalità virtuale.
- Diritto alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. Il lavoratore a distanza ha diritto a conciliare i tempi di vita e di lavoro, anche in modalità remota. Il datore di lavoro è tenuto a garantire al lavoratore a distanza la flessibilità necessaria per conciliare le proprie esigenze personali e professionali.

Per quanto riguarda invece i doveri del lavoratore a distanza:

- Dovere di raggiungere i risultati lavorativi con la medesima efficacia e produttività rispetto al lavoro svolto in presenza. Il lavoratore a distanza ha il dovere di raggiungere gli obiettivi lavorativi assegnati con la medesima efficacia e produttività rispetto al lavoro svolto in presenza.
- Dovere di utilizzare gli strumenti tecnologici necessari per lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità remota. Il lavoratore a distanza ha il dovere di utilizzare gli strumenti tecnologici necessari per svolgere la sua attività lavorativa in modo efficace e produttivo.

Volendo strutturare una sintetica analisi dei diritti riconosciuti al lavoratore a distanza occorre premettere che essi sono fondamentali per garantire la tutela e il benessere del lavoratore.

Il diritto alla salute e alla sicurezza sul lavoro è un diritto fondamentale, e deve rimanere tale anche in modalità remota ma va applicato anch'esso con un nuovo equilibrio che prevede una maggiore collaborazione da parte del lavoratore. In particolare, nel caso di *smart working*/lavoro agile il dipendente è tenuto anch'esso a farsi carico della tutela della propria sicurezza. L'obbligo del dipendente, sempre nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, è, infatti, quello di collaborare con il datore di lavoro per fare sì che quest'ultimo possa assolvere ai propri obblighi⁽²¹⁾.

Il diritto alla formazione e all'aggiornamento professionale è importante per garantire al lavoratore le competenze e le conoscenze necessarie per svolgere la sua attività in modo efficace e produttivo. Il datore di lavoro deve fornire al lavoratore a distanza le opportunità di formazione e aggiornamento professionale necessarie per mantenere le proprie competenze aggiornate.

Il diritto alla partecipazione alla vita dell'ente è importante per garantire al lavoratore a distanza il senso di appartenenza all'azienda o all'ente. Il datore di lavoro deve garantire al lavoratore a distanza la possibilità di partecipare a riunioni, incontri e altre attività lavorative, anche in modalità virtuale.

20 E. DE MARCO, *Tempo e luogo del lavoro da remoto: la questione dei buoni pasto. Nota a decreto Tribunale civile, Venezia 8 luglio 2020, n. 3463, Federazione metropolitana della Funzione Pubblica Cgil di Venezia vs Comune di Venezia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2021, fasc. 1, 144-147.

21 Il lavoratore ha diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, nei limiti e alle condizioni di cui al terzo comma dell'articolo 2 del Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, e successive modificazioni, quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza.

Il diritto alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro è importante per garantire al lavoratore a distanza la possibilità di conciliare le proprie esigenze personali e professionali. Il datore di lavoro deve garantire al lavoratore a distanza la flessibilità necessaria per conciliare la vita professionale con la vita privata.

Per quanto riguarda, invece, i doveri del lavoratore a distanza questi sono costituiti essenzialmente dal garantire il corretto svolgimento della prestazione lavorativa in tali modalità.

Il dovere di raggiungere i risultati lavorativi con la medesima efficacia e produttività rispetto al lavoro svolto in presenza è un dovere fondamentale per il lavoratore a distanza che deve essere in grado di raggiungere gli obiettivi lavorativi assegnati con la medesima efficacia e produttività rispetto al lavoro svolto in presenza.

Il dovere di utilizzare gli strumenti tecnologici necessari per lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità remota è un altro dovere fondamentale per il lavoratore a distanza. Il lavoratore a distanza deve essere in grado di utilizzare gli strumenti tecnologici necessari per svolgere la sua attività lavorativa in modo efficace e produttivo.

2.6. La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore a distanza.

Per quanto concerne la modalità agile l'art. 63, secondo comma, del CCNL Funzioni Locali 2019-2021 rappresenta un importante pilastro per garantire la tutela della salute e della sicurezza del lavoratore. Tale articolo sancisce il diritto del lavoratore di beneficiare di tutte le salvaguardie previste dalle leggi e dalla contrattazione collettiva in tema di sicurezza sul lavoro. In questo contesto, l'amministrazione pubblica assume un ruolo fondamentale, avendo l'obbligo di mettere a disposizione del lavoratore tutte le attrezzature e le dotazioni necessarie per esercitare la propria attività in un ambiente sicuro e salutare.

L'impegno dell'amministrazione pubblica non si limita solo alla fornitura di strumenti di lavoro adeguati ma si estende anche alla promozione di iniziative formative e di sensibilizzazione e ciò viene ben definito dall' art. 67 del CCNL FL. È cruciale garantire che i lavoratori a distanza siano adeguatamente preparati in materia di sicurezza sul lavoro, favorendo la consapevolezza riguardo alle *best practices* e ai comportamenti corretti da adottare nella nuova modalità lavorativa.

Tutto ciò deriva dall'osservazione di quanto accaduto nel periodo pandemico legato all'improvvisa necessità di implementare lo *smart working* che può essere considerato un vero e proprio periodo sperimentale⁽²²⁾. Le Pubbliche Amministrazioni italiane in generale hanno affrontato sfide significative, evidenziando una carenza di mezzi tecnologici essenziali per supportare il lavoro a distanza. La mancanza di *pc* portatili, videocamere, microfoni e connessioni *internet* affidabili è stata una barriera significativa, soprattutto nei piccoli Comuni, dove le risorse erano limitate.

Il problema, inoltre, è stato amplificato dalla struttura tecnologica non adeguata. I *firewall* aziendali spesso non erano configurati per gestire molteplici connessioni remote, le *software house* non avevano preparato i *pc* aziendali per l'accesso da luoghi esterni e, soprattutto, molti lavoratori non disponevano di connessioni *internet* veloci o con tariffe *flat* nelle proprie abitazioni. Queste sfide hanno reso evidente la necessità di un miglioramento infrastrutturale e di investimenti mirati per garantire un efficace svolgimento del lavoro a distanza, tutelando la salute e la sicurezza dei lavoratori in ogni contesto lavorativo. Poiché il lavoro agile, o *smart working*, si distingue dalle altre forme di lavoro a distanza per l'assenza di vincoli precisi in termini di luogo e orario per l'esecuzione delle mansioni lavorative, in accordo con la letteratura giuri-

22 Il lavoro agile in Italia: una ricerca sulle esperienze dei lavoratori e delle aziende, INAPP, 2022.

dica, emerge la complessità nel delineare il perimetro delle normative sulla salute e sicurezza applicabili a questa forma di lavoro⁽²³⁾. È evidente che, nel contesto dello *smart working*⁽²⁴⁾, il datore di lavoro non può esercitare un controllo diretto sul luogo e l'orario di lavoro, né influire direttamente sul comportamento del dipendente, mancando la supervisione diretta dell'ambiente lavorativo e dei rischi connessi all'attività svolta a distanza.

Date le scarse restrizioni relative al luogo e all'orario di lavoro, il datore di lavoro si trova in difficoltà nell'adempiere all'obbligo di garantire la prevenzione in materia di salute e sicurezza sul lavoro attraverso la sola consegna dell'informativa annuale, come previsto dall'art. 22, comma 1, della legge n. 81/2017, quando l'attività lavorativa si svolge al di fuori dei locali aziendali. Pertanto, la disposizione dell'art. 22, comma 1, della l. n. 81/2017, andava necessariamente coordinata con gli obblighi di informazione e formazione che coinvolgono tutti i lavoratori agili, considerando la riconducibilità del lavoro agile alla categoria del lavoro a distanza.

L'obbligo formativo in materia di sicurezza sul lavoro, a carico del datore di lavoro, assume un ruolo cruciale nello *smart working* per aumentare la consapevolezza del lavoratore riguardo alle scelte di luoghi di lavoro esterni ai locali aziendali, al fine di prevenire i rischi per la salute e il disagio lavorativo. Questo diventa ancor più rilevante considerando che il lavoratore agile è più esposto a rischi quali l'eccesso di lavoro, lo *stress* e il *burnout*, oltre all'isolamento sociale e alla sfumatura labile tra spazi/tempi lavorativi e non lavorativi.

La formazione sulla salute e sicurezza sul lavoro nel contesto dello *smart working* assume un ruolo cruciale nella gestione dei tempi di lavoro, in un'epoca caratterizzata dalla destrutturazione spazio-temporale dell'attività lavorativa. La formazione mira a garantire un equilibrato bilanciamento tra i tempi di vita e di lavoro, favorendo una corretta adozione del diritto alla "disconnessione" da strumenti tecnici e informatici.

Gli accordi dovrebbero includere precise indicazioni circa la formazione sulla salute e sicurezza nel lavoro agile verso la fornitura di competenze specifiche riguardanti le modalità tecniche, l'utilizzo delle apparecchiature fornite e la gestione degli infortuni. Questa maggiore consapevolezza, acquisita solo tramite formazione specifica, può supportare i lavoratori agili nella scelta adeguata dei luoghi di lavoro esterni. La formazione, pertanto, assume un ruolo fondamentale nell'aumentare la "consapevolezza prevenzionistica" dei lavoratori agili nei confronti dei nuovi rischi per la salute derivanti dalle modalità di lavoro a distanza e dalle attrezzature tecnologiche⁽²⁵⁾.

In conclusione, la formazione sulla salute e sicurezza nel lavoro agile è essenziale per garantire la consapevolezza e la sicurezza dei lavoratori, promuovendo un ambiente di lavoro più disteso, collaborativo e favorevole al benessere. Sarebbe consigliabile privilegiare percorsi formativi di tipo *blended*, con una componente esperienziale marcata, sia per gli *smart workers* che per i lavoratori in presenza, per assicurare un'adeguata preparazione e gestione delle sfide legate allo *smart working*⁽²⁶⁾.

Va ancora una volta sottolineato che sia il legislatore che la contrattazione collettiva hanno comunque posto l'accento sull'importanza che il lavoratore cooperi all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali. Il lavoratore ha diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professiona-

23 D. GENTILINI, G. FILOSA, *La tutela della salute e sicurezza del lavoro nello smart working. Inquadramento giuridico e sfide formative*, Working Paper n. 20, ADAPT University Press, 2020.

24 L. PELUSI, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in DRI, 2017, n. 4, 1041 ss..

25 Interessante il Regolamento INL del 10.1.2023 con cui ha provveduto a fornire indicazioni interne.

26 *Il lavoro agile in Italia: opportunità e sfide*, Confindustria, 2023.

li dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza. È, quindi, prevista la tutela in caso di infortuni e malattie professionali, secondo le modalità illustrate dall'INAIL nella circolare n.48/2017.

3. Conclusioni.

Le prospettive future del lavoro a distanza in tutta la Pubblica Amministrazione si delineano con previsioni di crescita continua nei prossimi anni. Questa tendenza è alimentata principalmente dalla diffusione sempre maggiore della tecnologia e dai cambiamenti organizzativi e culturali in atto nelle amministrazioni pubbliche che offre, come abbiamo visto, ai lavoratori la massima flessibilità e autonomia.

Altro aspetto rilevante è la diffusione del lavoro da remoto, una modalità che si svolge in orari predefiniti. Questo approccio, incentrato sulla flessibilità degli orari, come abbiamo esaminato promette di ridurre i costi di gestione degli immobili e di aumentare la produttività dei lavoratori. La possibilità di lavorare in remoto si configura quindi come un ulteriore elemento chiave nella definizione del futuro⁽²⁷⁾ del lavoro a distanza nella Pubblica Amministrazione.

Infine, è ragionevole aspettarsi un incremento della produttività e della soddisfazione lavorativa. Non va dimenticato che il lavoro a distanza consente ai dipendenti di gestire in modo più efficiente le proprie attività, offrendo al contempo un maggiore controllo sul proprio lavoro e ciò potrebbe tradursi in un ambiente di lavoro più soddisfacente e quindi condurre ad una maggiore efficienza complessiva.

In conclusione, la diffusione del lavoro a distanza nella Pubblica Amministrazione rappresenta una prospettiva promettente, poiché offre benefici tangibili sia per i lavoratori che per le amministrazioni pubbliche. Per tali motivi la nuova disciplina introdotta nel CCNL Funzioni Locali 2019-2021 segna un passo significativo in avanti, indicando una direzione chiara verso un'implementazione più ampia e riuscita di questa modalità di lavoro nell'ambito pubblico.

In conclusione, la disciplina pattizia del lavoro a distanza nel CCNL Funzioni Locali 2019-2021 rappresenta un momento decisivo nella regolamentazione di questa modalità di lavoro all'interno della Pubblica Amministrazione, fornendo un quadro normativo chiaro e coerente. Tuttavia, nonostante i suoi indubbi vantaggi, esso non è privo di rischi, come l'eccessivo carico di lavoro, l'isolamento sociale e la difficoltà nel delimitare i confini temporali tra la vita professionale e quella personale. Per affrontare efficacemente questi rischi, è essenziale promuovere un adattamento reciproco tra le esigenze individuali e quelle dell'ambiente organizzativo. In questo contesto, la formazione sulla sicurezza e salute sul lavoro emerge come un elemento cruciale, potenziando la "consapevolezza preventiva" dei lavoratori agili e concentrandosi sui potenziali rischi per la salute derivanti dal lavoro a distanza. L'approccio *blended*, con una forte componente esperienziale e interattiva, si configura come una strategia vincente per garantire un equilibrio tra la flessibilità che offre in particolare la modalità "agile" e la salvaguardia della salute mentale e fisica dei lavoratori, contribuendo così a creare un ambiente lavorativo più sano e collaborativo. Alla luce di queste considerazioni, alcune azioni o *best practices*⁽²⁸⁾ possono migliorare la diffusione e la gestione del lavoro a

27 F. BELLINI, *Lavoratori agili: il futuro del lavoro è già qui*, Il Corriere della Sera, 3 agosto 2023.

28 *La catalogazione delle buone pratiche Fse: lo scenario europeo*, Ministero Del Lavoro e delle Politiche Sociali, 2008,15.

distanza nella Pubblica Amministrazione⁽²⁹⁾:

1. Promuovere attivamente la cultura della modalità agile introdotta con il nuovo CCNL, sensibilizzando sia i lavoratori che le amministrazioni pubbliche sui suoi potenziali benefici e rischi.

2. Implementare percorsi formativi specifici sulla sicurezza e salute sul lavoro destinati ai lavoratori agili, dando preferenza a metodologie *blended* che combinano formazione *online* e interazioni pratiche.

3. Continuare ad adottare e implementare strumenti e tecnologie adeguati per supportare in generale il lavoro a distanza, mantenendoli aggiornati in base agli sviluppi evolutivi e normativi.

Queste azioni, se attuate in modo sinergico, possono contribuire significativamente a garantire che il lavoro a distanza sia una modalità di lavoro efficace e sostenibile con ricadute positive sulla parte datoriale. Ciò non solo favorirà la salute e il benessere dei lavoratori, ma migliorerà anche l'efficienza e la produttività delle amministrazioni pubbliche, sottolineando l'importanza di un approccio olistico e proattivo nell'implementazione del lavoro agile.

²⁹ *Il lavoro agile nel settore pubblico: stato dell'arte e prospettive*, Fondazione Italia Digitale, 2023.

SEMPLIFICAZIONE DEI CONTROLLI

Luci e ombre della semplificazione del procedimento di controllo delle attività economiche, quale ultima frontiera della semplificazione amministrativa.

SOMMARIO: **1.** Considerazioni generali. **2.** L'ambito di applicabilità del decreto legislativo n. 103 del 2024 in generale. **3.** L'ambito di applicabilità della diffida. **4.** La natura e il procedimento di diffida. **5.** Le modifiche al procedimento sanzionatorio di cui alla legge n. 689 del 1981 da parte del d.lgs. n. 103 del 2024. **6.** La revoca quale misura conseguente all'accertamento di altri illeciti. **7.** L'inapplicabilità del decreto alla fase dei controlli preventivi: possibili criticità. **8.** Conclusioni.

DI ANTONELLA MANZIONE

ABSTRACT: Il contributo analizza le più recenti misure introdotte a livello legislativo per una razionalizzazione delle attività di vigilanza, avviando una analisi trasversale sulla necessità che le stesse vengano accompagnate, ai fini della concreta integrazione nel sistema amministrativo, da un sostanziale input culturale nei riguardi della fase dei controlli. L'obiettivo degli sforzi di semplificazione previsti dagli ultimi interventi normativi mira ad incentivare lo sviluppo delle attività economiche, nell'ottica di un contesto, anche del procedimento di controllo o sanzionatorio, che favorisca la leale collaborazione tra soggetto imprenditoriale e pubblica amministrazione.

ABSTRACT: *The contribution analyses the most recent measures introduced at the legislative level for a rationalisation of supervisory activities, initiating a transversal analysis of the need for them to be accompanied, for the purposes of their concrete integration into the administrative system, by a substantial cultural input with regard to the control phase. The aim of the simplification efforts envisaged by the latest regulatory interventions is to stimulate the development of economic activities, with a view to a context, also of the control or sanctioning procedure, that favours loyal cooperation between the entrepreneurial subject and the public administration.*

1. Considerazioni generali.

Sulla Gazzetta ufficiale del 18 luglio 2024 è stato pubblicato il decreto legislativo 12 luglio 2024, n. 103, recante «*Semplificazione dei controlli sulle attività economiche*», adottato in attuazione dell'apposita delega contenuta all'art. 27, comma 1, della legge 5 agosto 2022, n. 118. L'idea di semplificare anche la fase dei controlli non è nuova, se si ha a mente che oltre un decennio orsono già si era posta l'esigenza di una razionalizzazione delle attività di vigilanza, che in quanto facenti spesso capo a distinte amministrazioni finiscono per dar luogo a una pluralità di accessi ispettivi, magari a distanza ravvicinata nel tempo, che seppur mossi da distinte esigenze di tutela, possono risolversi indubbiamente in un disagio per l'operatore economico che li subisce. Si allude qui alle previsioni di cui all'articolo 14 del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5,

come convertito dalla legge 4 aprile 2012, n. 35 (recante «*Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*»), non a caso rubricato «*Semplificazione dei controlli sulle imprese*», che già faceva riferimento ai principi «*della semplicità, della proporzionalità dei controlli stessi e dei relativi adempimenti burocratici e della effettiva tutela del rischio*», demandandone tuttavia la concreta attuazione ad un ambizioso programma di delegificazione. Con riferimento ai controlli facenti capo a Regioni, Province autonome di Trento e di Bolzano e Enti locali in genere, ai fini della prevista conformazione delle attività di loro competenza nell'ambito degli specifici ordinamenti, la norma aveva trovato un concreto sviluppo nell'avvenuta elaborazione di apposite «*linee guida*», approvate in sede di intesa sancita nella Conferenza unificata del 24 gennaio 2013, rimaste tuttavia sostanzialmente senza seguito⁽¹⁾. D'altro canto, è innegabile che qualsiasi sforzo di semplificazione procedurale, ovvero di liberalizzazione di attività/interventi, è destinato a fallire ove non accompagnato da un sostanziale cambio di passo culturale che abbracci anche la fase dei controlli, appunto, relegando la repressione ad *extrema ratio*, senza che ciò si risolva in una vanificazione dell'esigenza di garantire il rispetto delle regole che sta alla base dei compiti di vigilanza attribuiti alla P.A.

La più ampia cornice riformista rispetto agli esperimenti del passato sottesa al d.lgs. n. 103 del 2024 emerge già dalla tipologia di fonte utilizzata, ovvero una delega, contenuta peraltro nella disciplina annuale per il mercato e la concorrenza (la ricordata legge n. 118 del 2022), cui il decreto legislativo in esame ha dato, almeno in gran parte, attuazione. Il dettaglio descrittivo che connota i numerosi principi e criteri direttivi (tredici, dei quali uno, contenuto alla lettera l-bis, inserito l'anno successivo, sempre con la legge annuale per il mercato e la concorrenza, 30 dicembre 2023, n. 214)⁽²⁾, risponde all'esigenza di contingentare gli accessi ispettivi, nel contempo evitando per quanto possibile la fase sanzionatoria mediante il ricorso a meccanismi conformativi che garantiscano comunque il ripristino della legalità lesa, ma senza passare necessariamente attraverso la fase punitiva. L'idea che ciò si risolva nella sostanziale legittimazione *de facto* dello svolgimento di un'attività intrinsecamente illegittima è in verità estranea al decreto, che caso mai introduce una diversa nozione di illegittimità, quale conseguenza dell'esperimento andato a vuoto di compulsare la regolarizzazione attraverso la diffida.

D'altro canto, un atteggiamento di generalizzato *favor* per la possibilità di conformarsi alle regole, ancorché già violate, si era affacciato da tempo nell'ambito degli

1 In verità già con il decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, era stata introdotta una modalità di coordinamento e programmazione preventiva dei controlli, ma riferiti alla sola materia fiscale, individuando i soggetti preposti (art. 7, rubricato appunto «*Semplificazioni fiscali*»), ovvero, qualora essi riguardino il livello substatale, i Comuni, con la possibilità di avvalersi delle Camere di commercio. In tale occasione il legislatore si è fatto carico finanche delle esigenze di tutela dell'immagine dell'operatore economico destinatario degli accessi ispettivi, prescrivendo, all'evidente scopo di neutralizzarne l'impatto visivo - *mutatis mutandis*, lo *streptus fori* - che per quanto possibile gli appartenenti alla Guardia di finanza, tipicamente preposti a quel tipo di verifiche, eseguano gli accessi in borghese. La norma peraltro non è stata abrogata dal d.lgs. n. 103 del 2024 non in virtù di un'ipotetica svista, ma proprio in ragione della specificità della materia cui si riferisce, ovvero quella fiscale, cui la nuova normativa non si applica.

2 La lettera l-bis appare in verità alquanto eterogenea al rimanente contenuto della norma, stante che richiama da un lato il rispetto delle disposizioni per la liberalizzazione del settore del commercio, dall'altro le previsioni di cui all'articolo 52 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, concernente le misure per la salvaguardia del decoro urbano o delle caratteristiche commerciali specifiche o tradizionali dei centri storici o di delimitate aree, che possono essere adottate d'intesa con le associazioni degli operatori e senza discriminazioni tra essi, e che consistono in limitazioni all'insediamento di determinate attività in talune aree o nell'adozione di specifiche misure di tutela e valorizzazione di talune tipologie di esercizi di vicinato e di botteghe artigiane, tipizzati sotto il profilo storico-culturale o commerciale. L'unica possibile indicazione al legislatore delegato a trattare dei controlli, non delle scelte di governo del territorio in ambito commerciale, pare da ravvisare nel richiamo alla costituzione di specifici albi, raccolti, secondo criteri unificati, a livello nazionale, ai fini della valorizzazione turistica e commerciale di dette attività. Di fatto comunque la disposizione, che riveste la sua importanza in quanto ha inteso ribadire la facoltà di limitazione di taluni insediamenti economici in nome di interessi pubblici prioritari, non ha trovato attuazione nel decreto in commento. Sulla necessità che i Comuni coordinino le proprie regolamentazioni in materia di attività economiche, di cui ancora più avanti nel testo, v. Cons. Stato, sez. II, 23 luglio 2024, n. 6666.

istituti generali del procedimento amministrativo: l'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, infatti, nella versione conseguita alla legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. delega Madia per la riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche), come poi nuovamente modificato dal d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126, prevede che «Qualora sia possibile» l'Amministrazione destinataria della segnalazione carente dei requisiti e dei presupposti richiesti ai fini della sua sostanziale efficacia prescriva le misure necessarie alla regolamentazione, fissando un termine non inferiore a trenta giorni per la loro adozione. Solo in presenza di dichiarazioni non veritiere o di situazioni di pericolo per l'ambiente, il paesaggio, i beni culturali, la sicurezza pubblica o difesa nazionale, peraltro, all'obbligo di conformazione si deve accompagnare la sospensione dell'attività, che diversamente può continuare in una situazione di temporanea illegittimità sostanziale.

Viene dunque ad essere introdotto un ulteriore limite alla possibilità di lettura per così dire “espansiva” dell'inesauribilità del potere di vigilanza di cui all'art. 21, comma 2-*bis*, della legge n. 241 del 1990, nel senso che l'avvenuto accertamento della violazione a condizioni date non implica necessariamente lo sbocco sanzionatorio sotteso allo stesso³.

L'idea di semplificazione spinta fino alla fase dei controlli, dunque, nasce dall'esigenza di incentivare lo sviluppo delle attività economiche, immaginando un rapporto di leale collaborazione tra privato imprenditore e P.A. che va oltre la definizione del procedimento a istanza di parte, accompagnando il primo in tutta la sua vita professionale.

Vero è che per semplificare la vita agli operatori economici, si finisce per complicarla agli organi di controllo, stante che il quadro delle modalità cui gli stessi si devono attenere e a monte la perimetrazione dei casi cui lo stesso si attaglia non risultano affatto di immediata individuazione, almeno allo stato e nelle more del completamento del quadro normativo attraverso l'adozione dei provvedimenti attuativi previsti, in particolare avuto riguardo alla fase della programmazione. L'auspicio è che nel tempo lo stesso divenga più chiaro, si da scongiurare il potenziale incremento di contenzioso che allo stato parrebbe profilarsi, sia avuto riguardo ai provvedimenti sanzionatori veri e propri, sia in relazione alle misure che dagli stessi attingono fondamento e legittimità, quali talune tipologie di revoche, di interesse peraltro del giudice amministrativo. Quanto detto a tacere dei possibili profili di disparità di trattamento che rischiano di crearsi laddove, ad esempio, sia rimessa all'organo di controllo la scelta interpretativa circa l'applicabilità o meno della diffida a fronte della stessa tipologia di illecito, ovvero ciò finisca per dipendere dalla specificità competenziale del soggetto agente e dalle modalità di avvio dell'attività di vigilanza. Le considerazioni che seguono, con la provvisorietà che necessariamente connota qualsiasi giudizio di prognosi, attingono ad alcune criticità che si auspica vengano in qualche modo risolte con il completamento del quadro attuativo.

2. L'ambito di applicabilità del d.lgs. n. 103 del 2024.

Con il decreto legislativo n. 103 del 2024 l'esercizio del potere di controllo viene ricondotto ad una programmazione generale la cui previsione *ex se* esprime un atteggiamento di sfavore verso accessi ispettivi a sorpresa ovvero comunque estemporanei, ferme restando le ipotesi espressamente previste dalla legge medesima. Il mancato rispetto della stessa, ovvero dei principi già stabiliti direttamente dal decreto, e ai quali

3 Sul punto, v. A. MANZIONE, *I tempi dell'agire amministrativo alla luce delle nuove regole sui termini del procedimento*, Testo dell'intervento svolto in occasione del Convegno di Studi della Corte dei conti dal titolo “Giustizia al servizio del Paese-II principio di legalità”, Firenze, 21 novembre 2024, in www.giustizia-amministrativa.it, segnata-mente § 8. Il tema della inesauribilità del potere di vigilanza quale possibile *vulnus* alla tempistica dei procedimenti amministrativi si pone in particolare con riferimento alla materia urbanistico-edilizia, giusta la previsione di legge speciale di cui all'art. 27 del d.P.R. 6 giugno 20021, n. 380, cui fa riferimento l'ultimo periodo del comma 6-*bis* dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, quale alternativa alla scadenza dei termini per l'effettuazione dei controlli sulla S.c.i.a. (pari a trenta giorni, anziché sessanta in tale specifico ambito).

essa si deve ispirare, rischia di incidere sulla validità del susseguente procedimento sanzionatorio.

Occorre dunque in primo luogo comprendere l'esatto perimetro di operatività della disciplina, per come lo si ricava dall'ambito definitorio. L'art. 1 ne circoscrive l'ambito innanzi tutto ai soli controlli «*amministrativi*», con esclusione quindi di quelli di polizia giudiziaria, ancorché di iniziativa. Il che peraltro già fornisce un primo *escamotage* per aggirare la programmazione, dato che molti controlli hanno una finalità mista, pure se all'esito non emerge alcuna ipotetica fattispecie di reato; ovvero nascono nell'ambito di iniziative di polizia giudiziaria, ma sfociano in sanzioni solo amministrative. Oggetto dei controlli devono essere le «*attività economiche*», ovvero quella attività che sulla base della definizione fornita dallo stesso legislatore del 2024 «[...] *consiste nella produzione dei beni e nell'offerta di beni e servizi sul mercato*». Rispetto alla definizione di imprenditore che si ricava dall'art. 2082 c.c., che comunque il decreto sceglie di non richiamare, manca il riferimento alla professionalità dell'attività: il che porta a ritenere che la stessa rilevi e sia soggetta a controllo ancorché svolta da un privato (si pensi agli affitti brevi, di recente oggetto di fervido dibattito politico e conseguentemente mediatico per l'incidenza sulle disponibilità immobiliari da destinare, ad esempio, al mondo studentesco, ovvero alla somministrazione ai soci da parte dei circoli privati). Ciò, del resto, renderebbe coerente anche l'abbandono del riferimento all'«*operatore economico*» che figurava nel decreto legge 9 febbraio 2012 n. 5, ponendo così l'accento sull'oggetto e non sul soggetto agente.

Vero è che l'art. 4 del medesimo decreto individua nel fascicolo informatico di cui all'art. 2, comma 2, lettera b), della legge 29 dicembre 1993, n. 580, lo strumento per supportare la pianificazione *sub specie* di banca dati condivisa implementata dagli esiti dei controlli sopravvenuti. Il che, in senso diametralmente opposto, porterebbe a pensare che l'intera cornice sia stata delineata avendo a mente solo attività svolte in forma professionale. In maggior dettaglio, infatti, il c.d. "fascicolo informatico" si connota come "di impresa" ed è stato in concreto avviato di fatto come servizio fornito agli sportelli unici delle attività produttive (SUAP) dalle Camere di Commercio in virtù della previsione dell'art. 4, commi 8 e 9, del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 160. La materia peraltro è stata di recente nuovamente incisa dal decreto ministeriale 17 settembre 2024, n. 159, che, nel dare attuazione, seppure tardivamente, alla delega contenuta nell'art. 4, comma 6, del decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 219, di riforma delle Camere di Commercio, ha fornito ulteriori indicazioni sui contenuti e le modalità di implementazione del fascicolo di impresa, avuto riguardo ai provvedimenti conclusivi di procedimenti che riguardino attività economiche intervenuti successivamente alla sua entrata in vigore. Esso consente un interscambio informativo fra Registro Imprese e Sportelli unici per le attività produttive, appunto, raccogliendo gli atti e i documenti presentati a questi ultimi e trasmessi alla Camera di Commercio, nonché gli attestati emessi in Italia da alcuni Enti di certificazione (ad esempio Accredia, ANAC, per gli attestati SOA e Ecocerved, che gestisce per il Ministero dell'ambiente l'Albo nazionale dei Gestori ambientali). La disposizione stabilisce che al fine di rendere più efficienti e coordinare i controlli sulle attività economiche, evitando duplicazioni e sovrapposizioni, nonché di programmare l'attività ispettiva in ragione del profilo di rischio, le amministrazioni che svolgono funzioni di controllo, prima di avviare le attività di vigilanza consultino ed alimentino con gli esiti di quelli effettuati tale fascicolo informatico di impresa. Prevede altresì che in caso di mancato deposito nel fascicolo informatico del verbale contenente l'esito dei controlli da parte della pubblica amministrazione, è la stessa impresa che può richiederle di provvedere mediante apposita istanza, recante il numero di protocollo del verbale e la copia dell'atto, corredata da una

dichiarazione ai sensi dell'art. 47, del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, sicché la prima sarà tenuta ad adempiere entro il termine di cinque giorni.

Le considerazioni svolte sembrerebbero far propendere per l'inapplicabilità *in toto* della disciplina in esame alla materia urbanistico-edilizia: se è vero, infatti, che l'edificazione, a maggior ragione ove effettuata da un'impresa edile, ovvero in un quadro di lottizzazione o comunque pianificazione attuativa di ampio respiro, può costituire un' "attività economica", lo è altrettanto che l'edificazione ne costituisce l'antefatto, ancorché *lato sensu* produttivo di un bene da immettere sul mercato immobiliare. La natura speciale che da sempre ha assunto il procedimento sanzionatorio oggi declinato dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, T.u.ed., costituisce un ulteriore argomento a favore della sua eterogeneità rispetto all'attuale *thema tractandum*. La questione peraltro è più teorica che pratica, dato che l'unica ipotesi astrattamente riconducibile al paradigma normativo è costituita dalla mancata presentazione della s.c.i.a. a fini di agibilità, di cui all'art. 24, comma 3, del Testo unico. Le altre sanzioni pecuniarie ivi previste, peraltro, anche laddove costituiscono l'unico "castigo" per il responsabile dell'abuso (si pensi al caso di interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla s.c.i.a. di cui all'art. 37, comma 1), non sono quantificate tra un minimo e un massimo edittale, ma correlate all'aumento di valore venale del bene, sicché non soddisfano comunque i requisiti previsti dalla nuova normativa sui controlli.

Le amministrazioni tenute al rispetto delle nuove regole sono quelle di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, espressamente richiamato dall'art. 1 del d.lgs. n. 103 del 2024, tra le quali rientrano anche le Agenzie (anche se i controlli svolti da quella delle entrate e da quella delle dogane e dei monopoli, ove afferenti la materia fiscale, risultano esclusi *ratione materiae*). Non ci rientrano invece quelli effettuati dalle Autorità indipendenti, in quanto non menzionate nella richiamata norma del T.u.p.i., e segnatamente né l'ANAC, né ARERA⁽⁴⁾. *Ratione materiae* o *ratione obiecti*, sono poi esclusi i «controlli in materia fiscale, gli accertamenti e gli accessi ispettivi disposti per la documentazione antimafia di cui al decreto legislativo 6 giugno 2011, n. 159, i controlli di polizia economico finanziaria, i controlli disposti per esigenze di sicurezza e difesa nazionale, ivi inclusi i controlli di cui alla legge 9 luglio 1990, n. 185 e al decreto legislativo 15 dicembre 2017, n. 221»⁽⁵⁾.

L'art. 5 del decreto, sotto la significativa rubrica «*Principi generali del procedimento di controllo delle attività economiche*», detta una serie di regole atte a prevenire la commissione delle violazioni, evitandone la repressione. Fra queste, come anticipato sopra, rilievo primario è dato alla previa programmazione dei controlli, in relazione alla quale vengono fornite da subito indicazioni atte a contingentarne il numero a condizioni date. Va ad esempio evitata l'effettuazione di due o più ispezioni nei confronti dello stesso operatore economico «*contemporaneamente*», il che conferma la necessità che il coordinamento, seppure non affidato ad un'unica regia, come nell'impalcatura

4 I controlli amministrativi svolti dalla Guardia di Finanza, ad esempio in materia di lavoro e di legislazione sociale, e non fiscale, sembrerebbero invece rientrare nel perimetro di operatività del decreto, pena la disparità di trattamento per gli operatori economici che si vedano assoggettati ad un diverso regime a seconda dell'appartenenza dell'organo procedente. Sul punto, v. V. LIPPOLIS, *Controlli ispettivi semplificati e azzeramento delle sanzioni amministrative*, in *Diritto & pratica del lavoro*, n. 38/2024, Inserto.

5 La legge 9 luglio 1990, n. 185, ha ad oggetto le attività di esportazione, importazione, transito, trasferimento intracomunitario e intermediazione di materiale di armamento, nonché la cessione delle relative licenze e la delocalizzazione produttiva; il decreto legislativo 15 dicembre 2017, n. 221, in attuazione della delega conferita al Governo con la legge 12 agosto 2016, n. 70, costituisce adeguamento alla disciplina comunitaria (ovvero ai Regolamenti UE 2019/125 e 2019/125 del Parlamento europeo e del Consiglio e regolamenti del Consiglio adottati ai sensi dell'articolo 215 del T.F.U.E.) in materia di procedure di autorizzazione all'esportazione di prodotti e tecnologie a duplice uso (rifusione) ovvero che potrebbero essere utilizzati anche per la pena di morte, per la tortura o per altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti.

dei controlli fiscali di cui all'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 2011, riguardi autonomamente ciascun organo di controllo, imponendogli verifiche a monte su quelli effettuati da altri. La disposizione si chiude con un inciso derogatorio, riferito ai casi del controllo congiunto effettuato in base ad accordo operativo: solo in tale ipotesi operatori di vigilanza facenti capo a distinte amministrazioni possono accedere insieme presso un'attività, effettuando simultaneamente ciascuno le verifiche afferenti le proprie specificità operative. Il che porta ad ipotizzare che ove gli accessi ispettivi distinti coincidano, una delle amministrazioni interessate debba necessariamente "cedere il passo", affinché l'esito sanzionatorio del proprio non venga taciato inesorabilmente di violazione di legge.

Viene ribadito - rispetto all'analoga previsione del 2012 - il necessario rispetto del principio di proporzionalità: esso, cioè, deve stare alla base non solo della previsione sanzionatoria in astratto e della sua irrogazione in concreto, ma anche della programmazione dell'attività di vigilanza, in quanto evidentemente percepita come gravosa da chi la subisce. In pratica, in un'ottica che è anche di ottimizzazione dell'impiego delle risorse, i controlli vanno orientati sulla base del "rischio" sotteso all'attività controllata. Vero è che il concetto di «gravità del rischio» non è tipizzato dal legislatore, tranne in relazione a quello «basso», che può essere oggetto di certificazione su base volontaria rilasciata da organismi accreditati, distintamente per ambiti di riferimento (art. 3 del d.lgs. n. 103/2024)⁶. Esso sembrerebbe dunque identificarsi con la potenziale lesività o comunque con l'impatto dell'attività posta in essere rispetto a determinati interessi pubblici particolarmente sensibili, individuabili avuto riguardo agli "ambiti" di cui alla richiamata possibilità di certificazione del suo livello minimo (l'ambiente, l'igiene e la salute pubblica, la sicurezza pubblica, la fede pubblica e la sicurezza dei lavoratori), ancorché non ne sia chiaro neppure il criterio di misurazione. All'entità dello stesso deve dunque attingere l'Amministrazione nella pianificazione dei propri controlli, ispirandosi altresì al principio della fiducia «reciproca», ovvero da un lato il legittimo affidamento dell'operatore economico nella correttezza dell'operato dell'amministrazione controllante, dall'altro, presumibilmente, l'obiettivo di garanzia o ripristino della legalità, che si ottiene mediante la preventiva divulgazione dei controlli medesimi, nel contempo garantendone efficacia e efficienza. È chiaro che in tanto un controllo sarà efficace ed efficiente, nell'accezione riconducibile al decreto, in quanto non approdi all'irrogazione della sanzione, ma sia stata in grado di scongiurarla. Ove l'attività sia stata profilata "a basso rischio" con l'apposita certificazione, peraltro, essa non può essere fatta oggetto di controlli "ordinari" per più di una volta l'anno.

Per valutare la funzionalità del sistema di raccordo tra programmazione e attuazione dei controlli occorrerà attendere, come già detto, la concreta messa a terra del sistema, essendo previsto un decreto ministeriale cui è demandata l'individuazione delle modalità di accesso da parte dell'amministrazione procedente al controllo.

Nell'ottica di evitare aggravii istruttori, si ribadisce poi quanto già previsto in altre disposizioni di carattere generale, ad esempio l'art. 43, del d.P.R. n. 445/2000, nonché, a livello più generale, l'art. 2, comma 7, della legge 7 agosto 1990, n. 241, che vieta di chiedere informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità presenti in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni: è dunque vietato richiedere a fini di controllo la produzione di documenti e informazioni già disponibili nel fascicolo informatico o comunque in possesso

⁶ L'art. 3, comma 1, elenca gli ambiti omogenei in relazione ai quali valutare il rischio, ovvero: protezione ambientale, igiene e salute pubblica, sicurezza pubblica, tutela della fede pubblica, sicurezza dei lavoratori. Le norme tecniche o prassi di riferimento elaborate dall'Ente nazionale italiano di unificazione (UNI), gli elementi essenziali e il periodo di validità del Report certificativo devono costituire oggetto di apposito decreto del Ministro delle imprese e del Made in Italy.

dell'amministrazione. In caso di violazione di tale principio trovano applicazione le sanzioni in materia di responsabilità dirigenziale di cui all'art. 18-*bis*, comma 4, primo periodo, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'Amministrazione digitale. Gli operatori che abbiano ricevuto la richiesta di documenti o informazioni in violazione dello stesso possono segnalare l'inadempienza all'Agenzia per l'Italia digitale (AGID), che la pubblica su apposita area del proprio sito istituzionale espungendovi i dati personali relativi al segnalante e, comunque, i dati personali eccedenti le finalità perseguite. Al fine di garantire elevati *standard* di affidabilità sistemica è previsto infine il potenziamento delle infrastrutture in uso alle amministrazioni coinvolte nell'attività di controllo. In particolare, si prevede lo sviluppo della Piattaforma digitale nazionale dati (PDND), di cui all'art. 50-*ter*, del già richiamato d.lgs. n. 82/2005, così da consentire agli operatori di acquisire certificati relativi a propri fatti, stati e qualità⁽⁷⁾.

Oltre alla vera e propria attività di dialogo e di confronto poi sviluppata all'art. 7, la norma impone a Ministeri e Regioni di pubblicare sui propri siti linee guida e FAQ⁽⁸⁾. In passato la giurisprudenza si è espressa nel senso di non riconoscere particolare efficacia giuridica a ridetto strumento, in quanto «sconosciuto all'ordinamento giuridico, in particolare all'art. 1 delle preleggi al codice civile»⁽⁹⁾. Nel momento in cui, tuttavia, è il legislatore stesso a prevederle, quale alternativa peraltro a vere e proprie linee guida, allo scopo di «agevolare e promuovere la comprensione e il rispetto sostanziale della normativa applicabile in materia di controllo», non se ne può più negare la natura di autovincolo capace di impattare sull'affidamento dei destinatari, sì da condizionarne i comportamenti e in astratto incidere sulla legittimità dell'azione della p.a. che se ne discosti.

In sintesi, nel ricondurre tutto ad un'attività organica e programmata, si finisce per rendere illegittimi *ex se* gli accessi a sorpresa, salvo i casi in cui essi sono consentiti dalla legge, ovvero quelli correlati ad immediata richiesta di effettuazione da parte dell'Autorità giudiziaria - che per lo più sembrerebbero riconducibili ad attività di polizia giudiziaria, comunque estranea alla portata applicativa del decreto -, quelli indotti da «*circostanziate segnalazioni di soggetti privati o pubblici*», i casi previsti dall'Unione europea, e infine quelli di controlli per la sicurezza sui luoghi di lavoro. Il riferimento in particolare alle denunce di terzi, che devono essere «circostanziate» e riconducibili a «soggetti» individuati, lasciano intendere che non si possa procedere né in caso di segnalazione generica, né laddove la stessa sia anonima, salvo dalla stessa emerga una «*situazione di rischio*», che legittima comunque l'intervento e della quale si ritiene debba darsi atto in sede di verbale.

Ne scaturisce una percezione della vigilanza da parte degli operatori economici come onere burocratico aggiuntivo, la cui correttezza deve collocarsi in una generale prospettiva di bilanciamento di interessi, che vede prevalere quello alla continuità, almeno nell'immediato, dell'attività economica, salvo l'interferenza con interessi pubblici sensibili *ex se* ritenuti prioritari.

7 L'art. 50-*ter* è stato introdotto nel Codice dell'amministrazione digitale con il decreto legislativo 13 dicembre 2017, n. 217, e successivamente più volte modificato. La PDND che introduce vuole rendere possibile l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati dei soggetti interessati mediante l'accreditamento, l'identificazione e la gestione dei livelli di autorizzazione dei soggetti abilitati a operare sulla stessa, nonché attraverso la raccolta e la conservazione delle informazioni relative agli accessi e alle transazioni effettuati sulla piattaforma. Il Ministero dell'innovazione e transizione digitale, terminata la realizzazione della Piattaforma, nell'ambito degli interventi attuativi del PNRR (Misura 1.3.1) ha pubblicato un avviso rivolto esclusivamente ai Comuni e destinato allo sviluppo di interfaccia di programmazione applicazioni (API) da parte di questi ultimi.

8 La legge non impone la pubblicazione di FAQ e Linee guida a Comuni, Città metropolitane e altre Amministrazioni, seppure egualmente competenti all'effettuazione di controlli su attività produttive. Per i controlli sulle imprese agricole, il comma 9 dell'art. 5 fa salve le previsioni del d.m. 22 luglio 2015, sul Registro unico dei controlli ispettivi sulle imprese agricole.

9 In tal senso v. Cons. Stato, parere del 20 luglio 2021, n. 1275; sez. IV, 30 agosto 2023, n. 8065.

3. L'ambito di applicabilità della diffida.

La novità di maggior rilievo contenuta nel d.lgs. n. 103 del 2024 è costituita dall'introduzione, quale adempimento preliminare alla contestazione della violazione, di una diffida a regolarizzare la situazione accertata che, ove ottemperata, produce l'estinzione dell'illecito *–recte*, del procedimento sanzionatorio. Va da subito chiarito come l'ambito di applicazione della diffida è più limitato di quello previsto per il decreto in generale, in quanto essa non può essere utilizzata in caso di violazioni «*di obblighi o adempimenti che riguardano la tutela della salute, la sicurezza e l'incolumità pubblica e la sicurezza sui luoghi di lavoro*». L'inottemperanza alla diffida, peraltro, al pari delle violazioni per le quali essa non è ammessa, comporta la revoca del c.d. "report certificativo", ove posseduto dall'operatore economico, ancorché non ne sia chiara la procedura di applicazione⁽¹⁰⁾. La certificazione, cui si è già fatto cenno nel paragrafo precedente, è rilasciata su base volontaria da apposito organismo accreditato in relazione al livello "basso" di rischio dell'attività (art. 6, comma 1, ultimo periodo, che richiama l'art. 3)⁽¹¹⁾.

Sicuramente la diffida non trova applicazione, dunque, in caso di violazioni di obblighi o adempimenti che riguardano la tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro, per i quali quindi resta ferma l'applicabilità dell'art. 301-*bis* del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, inserito dal decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106⁽¹²⁾, nonché delle disposizioni di cui al decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758, relativo ad ipotesi di reato di natura contravvenzionale⁽¹³⁾. Assai più complicato si rivela individuare l'esatto perimetro dell'esclusione delle violazioni afferenti la sicurezza e incolumità pubblica, tanto più che la norma, come visto, non richiama le relative materie in generale, ma fa riferimento agli «*obblighi o [...] adempimenti*» afferenti le stesse. In pratica, finisce per essere incerto se qualsivoglia violazione effettuata nell'esercizio di un'attività soggetta (anche) ad autorizzazione di polizia sia per ciò solo esentata dalla necessità della previa diffida. La questione, tutt'affatto banale, già si pose in occasione dell'entrata in vigore dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, che come noto da sempre esclude l'applicabilità dell'istituto agli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte, tra l'altro, alla pubblica sicurezza. La dicitura fece infatti subito dubitare dell'applicabilità dei procedimenti dichiarativi all'intera categoria delle ricordate autorizzazioni di polizia, caratterizzate *ex se* da discrezionalità nel rilascio. Gli orientamenti favorevoli si basavano sulla valorizzazione del richiamo testuale all'amministrazione controllante, non alla materia di riferimento. Sulla questione intervennero alcune circolari ministeriali, che, seppur con diversa e apprezzabile finalità, finirono per ingenerare più dubbi di quanti ne abbiano risolti. La circolare del Ministero dell'Interno prot. 0003791 del 24 marzo 2011,

10 La violazione delle norme in materia di sicurezza e incolumità pubblica, cioè, comporta di per sé la decadenza del report certificativo ai sensi dell'art. 6, comma 3, del d.lgs. n. 103 del 2024. Come detto nel testo, la norma non chiarisce quale sia la procedura attraverso la quale si addiverrà a ridetta revoca, né quale ne sia l'esatta natura.

11 L'art. 3 attiene ad una sorta di autogestione della pianificazione dei controlli per il tramite dell'acquisizione di una nuova forma di certificazione a cura di organismo accreditato, che può essere associato a un livello di rischio basso sulla base di apposito Report, distinto per aree tematiche. Il possesso della stessa, rimesso all'iniziativa volontaria, costituisce una sorta di salvacondotto all'eccesso di controlli, stante che l'art. 5, comma 4, salvo i casi di richiesta dell'Autorità giudiziaria o di circostanziate segnalazioni di soggetti pubblici o privati, non li consente per più di una volta l'anno (art. 5, comma 4). Di esso si tiene conto anche ai fini della valutazione delle sanzioni in ragione del principio di proporzionalità (art. 5, comma 7). L'individuazione delle norme tecniche o prassi di riferimento idonee a definire il livello di rischio "basso" sono demandate ad un decreto ministeriale attuativo.

12 La norma prevede un analogo meccanismo di estinzione del procedimento sanzionatorio amministrativo, definito «*estinzione agevolata degli illeciti amministrativi a seguito di regolarizzazione*», che si realizza ove il trasgressore regolarizzi la situazione nel termine indicato dall'organo di controllo all'atto del primo accesso ispettivo, pagando altresì una somma pari al minimo edittale.

13 Sul punto si è già pronunciato l'Ispettorato nazionale del lavoro. Alla luce della novità normativa costituita dal d.lgs. n. 103 del 2024, infatti, acquisito il parere dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che si è espresso con nota 30 luglio 2024, n. 7336 l'INL ha fornito le prime indicazioni operative per gli Uffici ed il personale ispettivo, con la nota 31 luglio 2024, n.1357 emanata dalla Direzione centrale coordinamento giuridico.

ad esempio, affermava a chiare lettere: «Si sottolinea che la SCIA, e di conseguenza il procedimento automatizzato, sono utilizzabili esclusivamente laddove la pubblica amministrazione non debba esprimere alcun apprezzamento tecnico-discrezionale per il rilascio dell'atto di assenso comunque denominato, dovendosi esclusivamente effettuare un mero accertamento della sussistenza dei requisiti predeterminati dalla legge. Si evidenzia altresì che la disciplina della SCIA non è applicabile agli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla pubblica sicurezza nonché di quelli imposti dalla normativa comunitaria. Pertanto restano esclusi i procedimenti collegati con il TULPS (ad esempio le commissioni provinciali/comunali di vigilanza sui locali di pubblico spettacoli, le commissioni tecniche per sostanze esplosive, ecc.) e quelli in materia di rischi di incidenti rilevanti di cui al d.lgs. 334/1999 e s.m.i.». Senza tuttavia chiarire cosa dovesse intendersi letteralmente con la dicitura «collegati» con il T.u.l.p.s., che evidentemente non vale nei limitati casi esemplificativamente citati (“licenza” di agibilità per locali di pubblico spettacolo ovvero autorizzazioni in materia di esplosivi)⁽¹⁴⁾.

Va ricordato che ai sensi dell'articolo 14 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, adottato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, sono autorizzazioni di polizia le licenze, le iscrizioni in appositi registri, le approvazioni e simili atti di polizia. Trattasi, più che di una definizione, di un'elencazione, finanche tautologica nella clausola finale («[...] e simili atti di polizia») che non aiuta l'interprete nell'individuazione delle caratteristiche connotanti la categoria di riferimento⁽¹⁵⁾. Da un punto di vista pratico, le attività soggette a licenza di pubblica sicurezza sono ancora oggi numerose. In particolare, essa è necessaria per i pubblici esercizi di cui all'art. 86 del medesimo Testo unico, categoria alla quale vanno ascritte, ad esempio, tutte le attività alberghiere ed extralberghiere⁽¹⁶⁾; il noleggio senza conducente e le rimesse pubbliche; le agenzie di affari e quelle di viaggio; l'installazione, produzione, importazione, distribuzione e gestione di giochi; le sale gioco; le autorizzazioni in materia di armi; gli spettacoli e trattenimenti pubblici e soprattutto tutte le attività di somministrazione di alimenti e bevande (bar, ristoranti, trattorie e simili, secondo le varie denominazioni in uso). La natura delle autorizzazioni di polizia è piuttosto desumibile dai principi a valenza generale riferibili alle stesse contenuti nel Capo III del Titolo I (rubricato, appunto, «Delle autorizzazioni di polizia», artt. 8-14), nonché dalle regole in materia sanzionatoria applicabili a gran parte di esse e contenute nel successivo Capo IV (che reca «Dell'inosservanza degli ordini dell'autorità di pubblica sicurezza e delle contravvenzioni», artt. 15-17-sexies). La strategicità del richiamo all'art. 16 del T.u.l.p.s., quale principio irrinunciabile a supporto del mantenimento della categoria delle autorizzazioni di polizia, è da ultimo documentata dal contenuto della relazione illustrativa al d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (c.d. “s.c.i.a. 2”), contenente l'individuazione dei procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività (s.c.i.a.), silenzio assenso e comunicazione e la definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. delega Ma-

14 Al riguardo, v. A. MANZIONE, *Il punto della giurisprudenza sulle autorizzazioni di polizia, in particolare per spettacoli e trattenimenti pubblici* (I parte), in *Disciplina del Commercio e dei servizi*, Maggioli ed., 4/2024, 9 ss..

15 Solo quale notazione ormai “storica” si ricorda come nell'elencazione originaria figurassero anche «le dichiarazioni di locali di meretricio», venute meno a seguito della relativa chiusura ad opera della legge Merlin, 20 febbraio 1958, n. 75.

16 I pubblici esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, che costituiscono una particolare categoria di pubblici esercizi, come meglio chiarito nel prosieguo, giusta la loro natura anche di attività commerciale (al pari di altre riportate in elenco, in verità) creano non poche problematiche di coordinamento normativo.

dia)⁽¹⁷⁾. Nell'esplicitare la scelta sottesa alla declinazione dell'art. 4, che ammette definitivamente la «*Semplificazione di regimi amministrativi in materia di pubblica sicurezza*», il legislatore non ha inteso comunque neutralizzare la categoria delle autorizzazioni di polizia, necessaria proprio per mantenere la possibilità per le autorità di pubblica sicurezza di controllare luoghi potenzialmente attrattivi di una pluralità di utenti, senza che a ciò corrisponda il possesso di un'autorizzazione formale. In ridetta relazione, dunque, si dà atto di avere inteso risolvere una questione risalente nel tempo, optando per il mantenimento, almeno sotto il profilo formale, di un duplice regime per determinate attività commerciali che, pur dovendo essere considerate liberalizzate al pari delle altre a seguito dell'introduzione della s.c.i.a., tuttavia continuano ad essere assoggettate (anche) alle autorizzazioni di pubblica sicurezza per le finalità relative –*recte*, più propriamente, ai principi generali che governano le stesse. Per cercare di conciliare il mantenimento della categoria delle autorizzazioni di polizia e, conseguentemente, le singole declinazioni delle stesse contenute nel T.u.l.p.s., il legislatore della riforma ha espressamente previsto (art. 4, comma 2, del richiamato art.4 del d.lgs. n. 222/2016) che: «*Per le attività sottoposte ad autorizzazione di pubblica sicurezza ai sensi del regio decreto n. 773 del 1931, ove l'allegata tabella A preveda un regime di Scia, quest'ultima produce anche gli effetti dell'autorizzazione ai fini dello stesso regio decreto*». In pratica, non è più necessaria da un punto di vista formale, ma resta “inglobata” nella segnalazione o nel titolo commerciale. La norma ha in verità un antecedente nell'art. 152 del r.d. 6 maggio 1940, n. 635, recante il regolamento per l'esecuzione del t.u.l.p.s., che nella versione conseguita alla novella operata dall'art. 2, comma 1, lett. g), del d.P.R. 28 maggio 2001, n. 311, seppure limitatamente alle attività qualificabili come pubblici esercizi - tra cui la somministrazione di alimenti e bevande o le strutture ricettive - prevede in maniera del tutto analoga che l'eventuale titolo di legittimazione previsto da tali discipline di settore, anche regionali, valga anche ai sensi dell'art. 86 del T.u.l.p.s., «*con osservanza*» dei principi di cui ai Capi III e IV del Titolo I del medesimo Testo unico⁽¹⁸⁾. Omettendo di approfondire, per ragioni di sintesi, l'esegesi puntuale dell'elencazione contenuta nelle tabelle allegate al d.lgs. n. 222 del 2016 - che seppure evidentemente non esaustiva, costituisce sicuramente un'importante ricognizione delle fattispecie più significative - va tuttavia notato come esse ricomprendano anche i pubblici esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, espressamente menziona-

17 La norma prevede che gli ufficiali e gli agenti di pubblica sicurezza hanno facoltà di accedere in qualunque ora nei locali destinati all'esercizio di attività «*soggette ad autorizzazioni di polizia*» e di assicurarsi dell'adempimento delle prescrizioni imposte dalla legge, dai regolamenti o dall'autorità. Essa costituisce la necessaria scriminante per accedere ai relativi locali senza impattare nelle limitazioni all'attività ispettiva a tutela dei luoghi assimilati a privata dimora, in tanto può trovare applicazione in quanto gli stessi ospitano, appunto, un'attività soggetta ad autorizzazione di polizia. Non a caso, essa è stata spesso invocata dall'amministrazione dell'Interno a difesa del mantenimento della categoria e della riconduzione (anche) alla stessa di attività economiche che sono state attratte nel tempo nell'ambito di quelle più propriamente commerciali, ovvero comunque fatte oggetto di legislazione speciale di settore. Si pensi, a mero titolo di esempio, a quanto disposto dal d.P.R. 19 dicembre 2001, n. 481, con riferimento alle attività di noleggio senza conducente: malgrado la loro attivazione sia soggetta a mera d.i.a. (ora s.c.i.a.) la modulazione procedurale della stessa è del tutto diversa dal paradigma generale declinato dalla l. n. 241 del 1990, e pare consentire al Prefetto, individuato quale preposto ai controlli sulla regolarità della pratica, un potere sospensivo/interdittivo *sine die*. Ciò sulla base della assimilabilità del procedimento dichiarativo (anche) all'autorizzazione in passato riconducibile solo al r.d. n. 773 del 1931.

18 Il comma 2 dell'art. 152 del r.d. 6 maggio 1940, n. 635, reca: «*Per le attività ricomprese fra quelle indicate dall'articolo 86 della legge o dall'articolo 158 del presente regolamento, disciplinate da altre disposizioni di legge statale o regionale, la licenza e ogni altro titolo autorizzatorio, comunque denominato, previsti da queste ultime disposizioni, svolge anche, previa verifica della sussistenza delle condizioni previste dalla legge, la funzione di autorizzazione ai fini del predetto articolo 86, con l'osservanza delle disposizioni del titolo I, capi III e IV, e degli articoli 100, 101, 108, terzo comma, 109 e 110 della legge, nonché di quelle del presente regolamento non incompatibili con altre disposizioni che disciplinano specificamente la materia*».

ti al punto 3 della Sezione I della Parte I della tabella A⁽¹⁹⁾. Sotto la voce generale «Attività commerciali e assimilabili» si ritrovano dunque ridetti esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, la cui apertura, trasferimento e ampliamento sono di regola soggetti a s.c.i.a., salva la necessità di autorizzazione espressa ove si tratti di zona tutelata⁽²⁰⁾. Nella colonna relativa al regime giuridico di riferimento, figurano poi sia l'art. 86 del T.u.l.p.s. che l'art. 16, afferente in realtà, come detto, all'effettuazione dei controlli ispettivi e non alla tipologia di autorizzazione in sé⁽²¹⁾. Si è inteso porre l'accento sulla tipologia dei pubblici esercizi di somministrazione di alimenti e bevande in quanto trattasi di categoria in relazione alla quale il dibattito sullo stralcio dalla disciplina del r.d. del 1931 era già nato prima della riforma del Titolo V della Costituzione, in ragione dell'avvenuta adozione di una legge di settore, la l. 25 agosto 1991, n. 287, per talune parti ancora in vigore. Ma ha assunto portata assai più attuale e assai più complessa con la ricordata riforma costituzionale, che ha definitivamente spostato l'asse della discussione sul piano del rapporto tra competenza legislativa regionale esclusiva in materia di "commercio" e "polizia amministrativa locale" e pubblica sicurezza, che invece è appannaggio esclusivo dello Stato (art.117 Cost.). Molte attività, infatti, sicuramente riconducibili all'art.19 del d.P.R. 24 luglio 1977, n.616, che ebbe a trasferire la funzione agli enti territoriali, costituiscono anche attività commerciali in senso lato e sono state oggetto di disciplina da parte di plurime leggi regionali, comprensive peraltro di autonomo e talvolta divergente regime sanzionatorio. Oggi, dunque, si ammette l'utilizzabilità della s.c.i.a. per le vicende che afferiscono ad un'attività soggetta ad autorizzazione di polizia, semplicemente estendendo la portata della stessa all'ottenimento del relativo titolo, purché ne sussistano le condizioni, e segnatamente i requisiti soggettivi di cui all'art. 11 del T.u.l.p.s. ivi compresa la c.d. "buona condotta". Il requisito *de quo* peraltro ha superato da tempo il vaglio del giudice delle leggi, che ne ha solo stigmatizzato l'attribuzione dell'onere della prova in capo al richiedente (Corte costituzionale, sentenza 2 - 16 dicembre 1993, n. 440, in G.U. 1^a s.s. 22/12/1993, n.

19 La Sezione I - dedicata alle "Attività commerciali e assimilabili" - è articolata in 14 sottosezioni che al loro interno contengono più settori (ad esempio: commercio all'ingrosso alimentare e commercio all'ingrosso non alimentare; ovvero, media struttura di vendita non alimentare e media struttura di vendita non alimentare). Dunque, il criterio seguito nella ripartizione tabellare delle attività di commercio è sia quello della tipologia delle attività svolte, sia della struttura/spazio in cui esse vengono svolte. La ripartizione adottata riflette nella sostanza la disciplina normativa di settore, richiamata nella stessa tabella (quarta colonna), la quale è prevalentemente contenuta nel decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 e nel decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 (di recepimento della "Direttiva Servizi" c.d. *Bolkenstein* 2006/123/CE).

20 La necessità di conciliare le esigenze della concorrenza con quelle di tutela di alcune zone del territorio comunale ha comportato una stratificazione normativa non sempre coordinata, in relazione alla quale il Consiglio di Stato ha di recente ricordato l'obbligo che i Comuni esprimano in maniera chiara le proprie regole, facendosi carico di coordinare in maniera armonica le varie discipline di settore (nella specie, regime della circolazione stradale e regime di tutela dell'area, oggetto di richiesta di occupazione di suolo pubblico: Cons. Stato, sez. II, 23 luglio 2024, n. 6666, riferita al diniego di un'occupazione di suolo pubblico per esigenze di sicurezza stradale -area sottoposta a regolazione tariffaria della sosta- nel Comune di Roma capitale, già richiamata *sub* nota 2). Limitazioni derivanti da atti di programmazione finalizzati a esigenze di tutela dell'ambiente urbano *lato sensu* inteso sono richiamate anche all'art. 64 del d.lgs. n. 59 del 2010.

21 Il fatto che tra i vari principi generali in materia di autorizzazioni di polizia venga richiamato solo l'art. 16 del T.u.l.p.s. e non, ad esempio, gli artt. 9 o 10, pare piuttosto un refuso dettato dalla ricordata esigenza di valorizzarne la portata, che una scelta selettiva del legislatore, che peraltro non avrebbe potuto essere attuata nell'ambito del decreto delegato.

52)⁽²²⁾. Il risultato di questo intreccio di aspetti, che si intersecano uno nell'altro pur mantenendo i propri profili di autonomia, è un quadro multilivello di non agevole decifrazione in termini di concorso ovvero alternatività, i cui risvolti più critici si colgono proprio sotto il profilo sanzionatorio: in linea di massima, infatti, è da sempre mancato il coraggio di scegliere in maniera netta per un unico regime punitivo, legificando espressamente ciò che sembra accadere nella prassi in uso presso gli organi di vigilanza che fanno prevalere, ritenendola speciale, la disciplina delle varie leggi regionali di settore, ovvero, in assenza delle stesse (come avviene ad esempio per la Regione Basilicata, che non ha inteso legiferare in materia di pubblici esercizi di somministrazione di alimenti e bevande), di cui alla legge n. 287 del 1991. E tuttavia proprio la lettera dell'art. 152 del regolamento di esecuzione del T.u.l.p.s. induce a propendere per un caso di doveroso concorso di illeciti, e non apparente di norme, stante che le "condizioni" che l'attività autorizzata con titolo previsto da altra normativa sono anche quelle di cui al Capo IV del Titolo I del T.u.l.p.s., tra le quali rientra, come già detto, l'art. 17-*bis*. Nel momento in cui, dunque, ridetto art. 17-*bis*, comma 1, punisce con una specifica sanzione amministrativa pecuniaria ricompresa entro una determinata forbice (da euro 516,00 a euro 3.098,00) la violazione, ad esempio, dell'art. 86 del medesimo Testo unico, è ovvio che intende riferirsi pure al titolo (unico) previsto dalla legge regionale proprio perché lo stesso «*svolge anche [...] la funzione di autorizzazione ai fini del predetto articolo 86*»⁽²³⁾. Ed è evidente quindi che non potendo ipotizzarsi un'estensione della deroga dall'obbligo di diffida alle violazioni della parte "economica" della disciplina (quella, cioè, contemplata per lo più nelle leggi regionali), oggi non parrebbe più ignorabile la prevista sommatoria di violazioni, con conseguente sdoppiamento del procedimento applicabile: solo per la prima dovrà essere adottata la previa diffida, laddove si addiverrà immediatamente alla sanzione avuto riguardo all'altro, pur coincidendo sostanzialmente l'elemento materiale dell'illecito. Con l'ulteriore conseguenza che la diffida risulterà pure sostanzialmente inutile, stante che non potrà mai essere scongiurata la cessazione dell'attività nelle more della sua regolarizzazione (art. 17-*ter*, comma 3, del T.u.l.p.s.)⁽²⁴⁾.

4. La natura e il procedimento di diffida.

L'istituto della diffida, oltre che essere presente in alcune legislazioni speciali con riferimento alla fase dei controlli, in termini più generali costituisce la moda-

22 Sulla desumibilità della rilevante permanenza del requisito della buona condotta anche dalla lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 440 del 1993, v. Cons. Stato, sez. III, 6 dicembre 2019, n. 8368: nel caso all'esame dei giudici, il diniego di porto d'armi, del quale si controverteva, è stato ritenuto correttamente motivato in base al combinato disposto degli artt. 11 e 43 del T.u.l.p.s. sulla base dei procedimenti penali per i quali il richiedente era semplicemente indagato, non essendo ancora intervenuta alcuna condanna. Sulla circostanza che il diniego - sempre riferito all'uso di armi - può scaturire anche da situazioni che non hanno dato luogo a condanne penali o a misure di pubblica sicurezza, essendo il relativo giudizio prognostico considerato più stringente del giudizio di pericolosità sociale o di responsabilità penale, v. anche Cons. Stato, sez. III, 1° luglio 2019, n. 4511; *id.*, 25 luglio 2019, n. 1972 e 1° aprile 2019, n. 2135).

23 Il sistema sanzionatorio per gli illeciti amministrativi contenuti nel T.u.l.p.s. è declinato dagli artt. 17-*bis* e seguenti dello stesso, inseriti dal decreto legislativo 13 luglio 1994, n. 480, che ha provveduto anche ad una generalizzata decriminalizzazione di fattispecie in precedenza costituenti reato. L'art. 17 continua a sanzionare penalmente le violazioni alle disposizioni del Testo unico per le quali non è stabilita una pena diversa o non è prevista una sanzione amministrativa. Tradizionalmente si riconducono alla norma le violazioni delle prescrizioni contenute nelle autorizzazioni di cui agli artt. 68 e 69 del T.u.l.p.s. (spettacoli e/o trattenimenti pubblici). La mancanza di autorizzazione/s.c.i.a. per tali attività costituisce illecito amministrativo a seguito di una decriminalizzazione sopravvenuta a quella più generale, ovvero da ricondurre al decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507, che ha modificato in tal senso l'art. 666 c.p.

24 In caso di violazione delle prescrizioni, è prevista la sospensione dell'attività per il tempo occorrente ad uniformarsi (secondo periodo dell'art. 17-*ter*, comma 3 del T.u.l.p.s.). Tuttavia, sempre nella logica di salvaguardare il più possibile la continuità dell'attività ancorché irregolare la norma prevede che non si dia luogo all'esecuzione della sospensione (che peraltro ha per regola un'inefficacia differita a trenta giorni dalla data della violazione) «qualora l'interessato dimostri di aver sanato le violazioni ovvero di aver avviato le relative procedure amministrative».

lità attraverso la quale trova concreta esternazione la caratteristica dell'esecutorietà degli atti amministrativi. Essa ha trovato consacrazione in termini generali mediante la previsione della «*previa diffida*», appunto, nell'art. 21-ter della l. n. 241 del 1990. L'inserimento di tale norma nel corpo della legge fondamentale sul procedimento amministrativo ha rappresentato il definitivo recepimento di un principio pacifico nella scienza giuridica e in giurisprudenza, che non ha mai ricondotto il relativo potere all'area di quelli impliciti ritenendolo ontologicamente estraneo agli stessi e rimettendo l'individuazione dell'idoneità dell'atto ad essere eseguito anche contro la volontà del suo destinatario, senza previo giudizio di cognizione, alle sole «*ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge*». In tal senso, l'esecutorietà del provvedimento amministrativo costituisce un'ulteriore applicazione del principio di legalità, in quanto cioè espressione di un potere autonomo e ulteriore rispetto a quello primario, che non attiene a tutti i provvedimenti amministrativi, ma richiede un'espressa previsione di legge in tal senso⁽²⁵⁾. Con riferimento ai provvedimenti di pubblica sicurezza, è l'art. 5 del T.u.l.p.s. che in caso di inottemperanza degli interessati fa riferimento alla «*previa diffida di tre giorni, salvi i casi di urgenza*», quale momento prodromico alla sostanziale esecuzione coatta, in tale ipotesi supportata dalla possibilità di utilizzo della forza pubblica e esecutività della nota spese da parte del Prefetto⁽²⁶⁾. Un altro interessante esempio di esecutorietà normativamente prevista è dato dalla disciplina delle ordinanze contingibili e urgenti adottate dal Sindaco nella sua veste di organo di governo, e dunque ove riconducibili al *genus* di cui all'art. 54 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico sugli enti locali, laddove per quelle di cui all'art. 50, ascrivibili allo stesso quale capo dell'amministrazione locale, manca un'analoga previsione. Da qui la sempre ribadita importanza della corretta individuazione delle motivazioni dell'intervento, che non si risolve in una mera indicazione nominalistica, giusta la diversificazione finanche del procedimento di adozione dell'una tipologia di atto rispetto all'altra (da comunicare previamente al Prefetto solo nel primo caso, affinché ne supporti l'eventuale esecuzione coatta nella sua veste di organo preposto al coordinamento delle forze dell'ordine sul territorio provinciale).

Tra gli esempi di diffida quale momento prodromico all'accertamento di violazioni, invece, può ricordarsi quella di cui alla legge 22 maggio 2015, n. 68, che ha inserito all'interno della parte Sesta-bis, l'art.318-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, Testo unico ambientale. La norma prevede una sostanziale sanatoria dell'illecito contravvenzionale, ove l'indagato ottemperi alle prescrizioni di ripristino della legalità impostegli dall'organo di controllo. La sanabilità della violazione, tuttavia, viene qui declinata non in termini di realizzabilità in concreto della condotta ripristinatoria, quanto piuttosto avuto riguardo alla offensività della condotta. Il procedimento trova infatti applicazione solo se l'illecito ambientale non ha «*cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette*». La diffida – che il legislatore non denomina in tal modo in verità – si concretizza pertanto in una prescrizione asseverata dall'ente competente per materia «*fissando un termine per la regolarizzazione*», cui comunque mira, non superiore a quello tecnicamente necessario, prorogabile una

25 Al riguardo, v. R. LEONARDI, *L'esecutorietà degli atti costitutivi di obblighi*, in Codice dell'azione amministrativa a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè ed., Milano, 2017, 1023 ss..

26 Con riferimento alle ordinanze contingibili e urgenti adottate dal Sindaco, la riconduzione dell'atto sindacale alla fattispecie disciplinata all'art. 50 piuttosto che a quello di cui all'art. 54 del d.lgs. n. 267 del 2000, Testo unico sugli enti locali, non è affatto neutra e non si risolve in una mera indicazione nominalistica, stante che il legislatore ha inteso diversificare il procedimento di adozione dell'atto, prevedendone l'esecutorietà solo nel secondo caso (supportata dal Prefetto, quale organo preposto al coordinamento delle forze dell'ordine sul territorio provinciale). V. Cons. Stato, sez. V. 6 novembre 2024, n. 8864.

sola volta, su richiesta del contravventore, per un periodo non superiore a sei mesi. L'avvenuta ottemperanza, unitamente al pagamento di una somma di denaro, estingue il reato, del quale peraltro è stata comunque data informativa alla Procura della Repubblica. Come evidenziato dall'Ufficio massimario della sezione penale della Cortedi Cassazione, tali disposizioni a loro volta replicano l'analogo meccanismo di estinzione degli illeciti mediante adempimento delle prescrizioni impartite e pagamento di somma determinata a titolo di sanzione pecuniaria, contenuto nel d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, in tema di disciplina sanzionatoria del lavoro. Tale meccanismo premiale in materia lavoristica a sua volta, come evidenziato dall'Ispettorato nazionale del lavoro in sede di individuazione delle prime indicazioni operative sul decreto controlli, scaturisce sì, da un accertamento di polizia giudiziaria, ma quale sbocco di controlli che spesso nascono quali controlli amministrativi, ai sensi dell'art. 220 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. La medesima Relazione del massimario della Cassazione mette anche in luce che potrebbero sorgere dubbi interpretativi legati al fatto che *«la norma [art. 318-bis, comma 1, n.d.r.], fa menzione solo delle "ipotesi contravvenzionali", sebbene nella intitolazione della nuova parte sesta-bis si parli anche di illeciti amministrativi; inoltre, si tratterà di verificare la possibile estensione della disciplina estintiva a contravvenzioni non contemplate nel codice dell'ambiente, ma ricomprensibili nella "materia ambientale"»*. In pratica, allo scopo di eliminare la contravvenzione accertata, l'organo di vigilanza impartisce al contravventore un'apposita prescrizione asseverata tecnicamente dall'ente specializzato competente nella materia trattata, fissando per la regolarizzazione un termine non superiore al periodo di tempo tecnicamente necessario.

Il meccanismo di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 103 del 2024 sembra attingere invece integralmente ad una precedente ipotesi di previa diffida, ovvero quella contemplata all'art. 13 del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, avente ad oggetto la *«Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro»*. Parzialmente sovrapponibili si palesano infatti le scansioni procedurali in termini di incidenza sul paradigma generale di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689. Il termine previsto nel decreto del 2024 tuttavia è più ristretto, essendo pari al massimo a venti giorni (a fronte dei trenta indicati dall'art. 13 del d.lgs. 124/2004).

La particolarità della "nuova" diffida sta nel suo rapporto con il procedimento generale di accertamento degli illeciti amministrativi previsto dalla legge n. 689 del 1981.

5. Le modifiche al procedimento sanzionatorio di cui alla legge n. 689/1981 introdotte dal d.lgs. n. 103 del 2024.

Per meglio comprendere le considerazioni di cui al paragrafo precedente, occorre svolgere qualche considerazione circa il procedimento applicabile per l'irrogazione di una misura *lato sensu* punitiva, una volta che la si sia ascritta al novero delle sanzioni, ovvero, in maggior dettaglio, circa l'utilizzabilità sempre e comunque delle regole, anche di garanzia, statuite dalla legge 24 novembre 1981, n. 689. Trattasi della normativa che ha dato un'organica razionalizzazione, sia sostanziale che processuale, alla disciplina del cd. diritto punitivo amministrativo o, secondo altra denominazione, del diritto penale amministrativo, distinto dal diritto amministrativo della prevenzione e da quello disciplinare. L'art. 12 della stessa, tuttavia, concernente il relativo ambito di applicazione, include nel proprio perimetro solo le sanzioni (e conseguentemente, gli illeciti puniti con le stesse) pecuniarie, con ciò rischiando di svuotare sensibilmente la portata della riforma, finalizzata anche a dar vita ad un vero e proprio "codice" dell'illecito amministrativo. Con riferimento alle sanzioni accessorie, e segnatamente a quelle

diverse dalla confisca, l'art. 20 della l. n. 689 del 1981, in maniera del tutto analoga, le disciplina solo con riferimento al caso in cui esse già fossero previste per il reato soggetto a depenalizzazione ad opera della medesima. Il dato letterale, cioè, resta il riferimento alla precedente disciplina penale: solo se l'originario reato, divenuto illecito amministrativo, già prevedeva l'applicazione, in via accessoria, di sanzioni consistenti nella privazione o sospensione di diritti e facoltà derivanti da provvedimenti dell'amministrazione, esse possono facoltativamente essere applicate dall'amministrazione competente ad adottare l'ordinanza ingiunzione che commina anche la sanzione amministrativa pecuniaria. Tale lettura limitativa, ha fatto sì che la dottrina abbia tentato da subito in vario modo di svalutare la portata delimitatrice dell'art. 12 - e specularmente dell'art. 20 - della l. n. 689 del 1981. In particolare, si sono individuati all'interno dell'articolato normativo tre nuclei fondamentali: a) i principi in materia di tutela giurisdizionale (originariamente contenuti negli artt. 22-25, oggi riconducibili all'art. 6 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che si occupa in maniera esplicita delle sanzioni non pecuniarie, che ove qualificate comunque tali (ovvero sanzioni) sono ascritte per lo più alla competenza del tribunale in composizione monocratica⁽²⁷⁾; b) i principi sul procedimento (artt. 13-21); c) i principi sostanziali sull'illecito e la sanzione. Mentre le regole procedurali, con l'esclusione secondo taluni dell'art. 13, invocato come modello generale per ogni caso di applicazione di una sanzione amministrativa, paiono attagliarsi solo a quelle pecuniarie⁽²⁸⁾; quelle sostanziali, pur con talune eccezioni (si pensi alla previsione della forbice edittale di cui all'art. 10 ovvero alle regole sulla prescrizione, che peraltro sono collocate nella sez. II del capo I, all'art. 28), non possono non trovare applicazione ad ogni sanzione amministrativa in senso stretto, ancorché non pecuniaria. La legge n. 689/1981, dunque, finisce per avere un ambito di applicazione elastico, in quanto investe un *genus* di sanzioni (principalmente, ma non esclusivamente pecuniarie) comprensivo di una pluralità di *species*, solo in alcuni casi dotate di una disciplina speciale - si pensi, ad esempio, alle sanzioni pecuniarie in senso stretto in materia urbanistico-edilizia. Una lettura sistematica e costituzionalmente orientata, dunque, non può non condurre all'estensione applicativa dei principi fondamentali di cui agli artt. 1, 2, 3 e 4 della l. 689/1981 ad ogni sanzione amministrativa in senso stretto e quindi ad ogni illecito amministrativo, anche se la sanzione prevista non è pecuniaria. Va notato come l'art. 20, c.2, della l. 689/1981, prevede che le sanzioni accessorie ad una sanzione amministrativa pecuniaria non siano applicabili - *rectius*, esecutive - fino a che sia pendente il giudizio di opposizione contro il provvedimento di condanna o, nel caso di connessione con un reato, fino a che il provvedimento stesso non sia divenuto esecutivo. Ciò da un lato ne conferma la natura afflittiva e la funzione deterrente, dall'altro evidenzia l'attenzione del legislatore al principio - sebbene fortemente temperato - di colpevolezza del destinatario del provvedimento. L'applicazione della sanzione accessoria, infatti, avviene, almeno in questi casi solo al momento in cui il soggetto è riconosciuto responsabile, a seguito di un giudizio a cognizione piena, della violazione amministrativa⁽²⁹⁾.

Restano sicuramente fuori dalla sua applicabilità solo quei provvedimenti che, seppur pregiudizievoli per il destinatario, assumono carattere primariamente riparatorio, tra i quali si ritiene rientrino tanto le cessazioni delle attività abusive disposte nel caso di

27 Fanno eccezione talune materie, rimesse sempre alla competenza del giudice di pace, quali tipicamente le violazioni al Codice della Strada.

28 È ovvio che se una sanzione di natura non pecuniaria è accessoria ad altra che implica invece sanzione pecuniaria, l'atto di accertamento di quest'ultima conterrà anche l'indicazione della futura applicazione della prima, ancorché meramente eventuale.

29 Costituiscono una generalizzata eccezione ancora una volta le violazioni in materia di circolazione stradale, caratterizzate da una sorta di anticipazione immediata degli effetti della sanzione, che talvolta ne esauriscono la portata afflittiva, talaltra necessitano di formalizzazione nell'atto di concreta irrogazione da parte dell'autorità competente.

violazioni di cui all'art. 17-*bis* del T.u.l.p.s. (art. 17-*ter* del T.u.l.p.s., già richiamato), che quella di cui all'art. 666 c.p., afferente le attività di trattenimento e svago svolte in assenza di titolo⁽³⁰⁾. Tali misure, tuttavia, al pari della sospensione o revoca delle autorizzazioni di polizia previste in maniera più generale dagli art. 9 e 10 del T.u.l.p.s., presuppongono l'accertamento di una violazione "principale": in certi casi in termini di avvenuto «accertamento», in altri in termini di ipotizzata sussistenza. Da qui il rilievo che astrattamente potrebbe avere sulla legittimità delle stesse del procedimento sanzionatorio a monte.

Il decreto legislativo n. 103 del 2024, peraltro, sembra dare per scontata l'applicazione generalizzata dei principi generali sul procedimento sanzionatorio di cui alla legge n. 689 del 1981 a qualsivoglia tipologia di illecito amministrativo, di fatto bypassando le possibili letture restrittive rivenienti dalla ricordata formulazione dell'art. 12. Nel prevedere, infatti, l'obbligo di notifica della diffida al trasgressore e al responsabile in solido, rinvia all'art. 6 della legge 689/1981 medesima per l'individuazione della relativa figura. Analogamente, richiama l'art. 14 con riferimento alla contestazione della violazione, stabilendo che il termine per la sua effettuazione decorra solo dall'accertamento di inottemperanza. Prevede infine che in ogni caso il soggetto controllato non risponda delle violazioni commesse per errore sul fatto non determinato da colpa. Trattasi della medesima affermazione contenuta nell'art. 3, comma 2, della legge n. 689/1981, secondo il quale «*nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa*» che il legislatore ha preferito replicare, non limitandosi ad un mero rinvio. Al pari di quanto affermato da sempre con riferimento a quest'ultimo, è evidente che la relativa valutazione, tutt'altro che semplice, è rimessa all'autorità competente ad adottare il provvedimento sanzionatorio e non all'organo di vigilanza, tenuto comunque a redigere il verbale di accertamento.

La norma prevede inoltre che la diffida si applichi esclusivamente in relazione alle violazioni per le quali è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria: non è chiaro se tale esclusività debba riferirsi alle sole ipotesi in cui manchi la previsione di una qualche sanzione accessoria aggiuntiva ovvero se la stessa si palesi neutra rispetto alla sanzione pecuniaria, l'unica cui debba darsi rilievo ai fini della valutazione dell'utilizzo della diffida. Essa resta sempre ovviamente sempre esclusa per fatti costituenti reato (ancorché, come detto, in singoli casi sia egualmente prevista, ma con autonomo procedimento speciale). La sanzione amministrativa non deve prevedere, nel massimo, un importo superiore a 5000 euro. Tale importo va considerato, per evidenti ragioni di uniformità e per la lettera della norma («è prevista»), come limite in astratto previsto dalla disposizione sanzionatoria e non come sanzione irrogata nel concreto. Ne consegue che essa non è applicabile ogniqualvolta l'importo della sanzione ha carattere proporzionale, perché in tal caso, come chiarito dall'art. 10 della l. n. 689 del 1981, non sussiste limite massimo (si pensi alle sanzioni calcolate in base alla durata della violazione, come avviene per l'art. 15, comma 4, legge n. 68/1999 in materia di collocamento obbligatorio)⁽³¹⁾. Sotto il profilo strettamente procedimentale, si introduce un obbligatorio distinguo tra atto ispettivo e contestazione dell'illecito, estraneo al sistema generale della legge n. 689 del 1981. L'ispezione, infatti, costituisce sicuramente uno dei possibili atti di accertamento tra quelli elencati all'art. 13 della l. n. 689/1981, che ove si concretizzi nella "fotografia" del fatto illecito costituisce

30 Sulle sanzioni di natura non pecuniaria e sulla applicabilità o meno alle stesse del regime di cui alla legge n. 689/1981, v. Cons. Stato, sez. II, 4 giugno 2020, n. 3548, avente ad oggetto la misura di cui all'art. 5, comma 2, della l. 18 gennaio 1994, n. 50, consistente nella chiusura di un esercizio commerciale a seguito dell'accertamento del reato di detenzione di tabacchi lavorati di contrabbando (che non è stata qualificata come sanzione accessoria ad illecito penale, ma quale sanzione autonoma di natura non pecuniaria, alla quale applicare comunque i principi generali della l. n. 689 del 1981).

31 Per un approfondito esame dei casi di applicabilità della diffida, v. L. FALLINI, *La semplificazione dei controlli sulle attività economiche, in Disciplina del Commercio e dei servizi*, 4/2024, 99 ss..

oggetto anche della contestazione al trasgressore e, ove possibile, al responsabile in solido della violazione, come indicato nel successivo art. 14. L'art. 13 del d.lgs. n. 124/2004 indica di inserire la diffida nel verbale di accertamento, e di computare il termine dalla notifica dello stesso. Al contrario, l'art. 6 del d.lgs. n. 103 del 2024, prevede una diffida che precede la contestazione della violazione. Di fatto, cioè, il mancato adempimento alla diffida configura non una sorta di condizione di punibilità, bensì piuttosto un ulteriore elemento costitutivo dell'illecito, che sussiste solo ove l'operatore economico non vi ottemperi. La contestazione della violazione, quindi, va effettuata solo dopo che è stata accertata (anche) l'inottemperanza alla diffida entro il termine indicato, che non a caso sospende i termini indicati per la notificazione degli estremi della violazione⁽³²⁾. Da un lato, dunque, viene generalizzata l'autonoma verbalizzazione dell'ispezione quale atto di accertamento distinto da quello in cui viene cristallizzato l'illecito e sempre necessario; dall'altro viene posticipata la contestazione alla verifica della mancata ottemperanza alla diffida (laddove l'art. 14 della l. n. 689 del 1981 la prevede, ove possibile, come immediata, sia nei confronti del trasgressore che dell'obligato in solido). Non è poi chiarito quale atto cristallizzi l'estinzione dell'illecito, garantendo il trasgressore dalle ulteriori conseguenze ascritte all'avvenuta commissione dello stesso.

La formulazione della disposizione potrebbe far sorgere dubbi circa l'obbligatorietà per gli organi di vigilanza di procedere ad impartire la prescrizione ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 103 del 2024, così come accade per le violazioni in materia antinfortunistica, in quanto in nessuno dei nuovi articoli è contenuta un'indicazione espressa in tal senso. Si ritiene tuttavia che se la possibilità di "sanare" la situazione impartendo prescrizioni non viene letta come obbligatoria, si potrebbero creare situazioni di disparità di trattamento, ad esempio a fronte di due identiche sanzioni comminate nei confronti di soggetti diversi, per le quali solo in un caso è stata avviata la procedura. Pare preferibile, pertanto, ritenere obbligatoria la fase dell'imposizione delle prescrizioni, come del resto pare desumibile dall'utilizzo della dicitura «diffida» non preceduta da alcun verbo servile facoltizzante. A ciò consegue che il mancato inoltro della previa diffida rende illegittimo l'accertamento di illecito e soprattutto, per quanto qui di interesse, può impattare negativamente sull'applicazione di qualsivoglia ulteriore misura che su tale accertamento si fonda (si pensi ai casi di misure cautelari). La violazione sanabile deve essere stata per la prima volta accertata nell'arco di un quinquennio: tuttavia, ancorché il concetto di accertamento corrisponda alla mancata ottemperanza al ripristino, la norma pare dare rilievo ad ogni ipotesi di violazione precedente, ancorché fatta oggetto di mera diffida poi ottemperata (della quale peraltro neppure è detto debba darsi notizia nel fascicolo informatico). Ciò in quanto prevede che laddove il personale ispettivo accerti che nei cinque anni antecedenti all'accesso ispettivo sia stata commessa la medesima o un'altra violazione soggetta a diffida (cioè "sanabile"), la "diffida amministrativa" non sarà applicabile rispetto alla violazione da ultimo accertata. La violazione deve essere, appunto, materialmente sanabile: sono pertanto da escludere tutte quelle violazioni per le quali l'interesse giuridico tutelato non è più recuperabile.

6. La revoca quale misura cautelare che consegue alla commissione di altri illeciti.

Di norma, con il *nomen iuris* "revoca" il legislatore indica l'atto che costituisce esercizio di quel tipo di potere di autotutela con il quale si rimuove un provvedimento anteriore valido, ma ritenuto inopportuno per sopravvenute ragioni di pubblico interesse

³² L'art. 14 della l. n. 689/1981 consente la notifica della violazione che non è stato possibile contestare immediatamente entro il termine di 90 giorni (360 in caso di soggetti residenti all'estero) dall'accertamento.

o per mutamento della situazione di fatto, ovvero a causa di una rivalutazione dell'interesse pubblico originariamente considerato dall'amministrazione (art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990). Il relativo termine, tuttavia, nella prassi delle amministrazioni pubbliche ovvero nei testi legislativi, assume anche un'accezione diversa, intrinsecamente sanzionatoria o decadenziale. L'effetto di tale revoca è analogo a quello prodotto dalla riedizione del potere, in quanto pone nel nulla con effetto *ex nunc* un titolo in precedenza rilasciato, ma ciò avviene in forza della disciplina propria del rapporto instauratosi tra p.a. e cittadino, ovvero connessa alla materia cui afferisce l'attività di riferimento (norme di legge o regolamento, convenzioni, capitolati, disciplinari, ecc.). La causa della revoca, cioè, sta in tali casi nell'inosservanza di obblighi di legge, non nel contrasto originario o sopravvenuto con ragioni di pubblico interesse, che costituisce il *proprium* della revoca di cui alla legge sul procedimento amministrativo. La giurisprudenza ha poi elaborato una sorta di *tertium genus* di revoca, afferente all'esercizio del potere di vigilanza conferito strumentalmente all'amministrazione preposta all'elargizione di benefici pubblici. In particolare, i tratti distintivi della revoca/decadenza dagli incentivi per le energie rinnovabili disposta dalla Società gestrice dei relativi servizi (G.S.E.), sono stati individuati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, distinguendoli per un verso dall'irrogazione di una sanzione e per l'altro dall'annullamento d'ufficio *ex art. 21-novies* della l. n. 241 del 1990 (Cons. Stato, A.P., 11 settembre 2020, n. 18)⁽³³⁾. La revoca, infatti, nella specie, consegue alla riscontrata necessità da parte della p.a. concedente di procedere al recupero o alla mancata liquidazione in concreto di erogazioni in generale, in particolare se si tratta di agevolazioni di diritto UE, erroneamente accordate in assenza del presupposto che le legittimava *ab origine*. La sistematizzazione riportata non sempre è soddisfacente ai fini dell'inquadramento di tutte le situazioni per le quali il legislatore (o la prassi, come già detto) utilizzano il relativo termine. La questione, di sicuro interesse accademico, lo è ancor più sul piano pratico, ove si abbia a mente che la configurazione della revoca come "sanzione" implica la necessità di individuare le regole procedurali necessarie a garantirne l'irrogazione, rispettando le garanzie difensive del destinatario dell'atto. Ciò a maggior ragione ove le si riconosca una tale afflittività da farla rientrare nella connotazione di "sanzione penale", secondo i particolari e autonomi criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo al riguardo, che danno alla dizione un'accezione diversa da quella dell'ordinamento nazionale. Per tale ragione non può peraltro parlarsi di un'indebita ingerenza nella scelta di politica criminale tra qualificazione di un fatto illecito come amministrativo o penale, rimessa al legislatore nazionale (di particolare interesse il dialogo tra le Corti sviluppatosi al riguardo in tema di confisca, quale tipica sanzione amministrativa accessoria al reato di lottizzazione abusiva, su cui v. da ultimo Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49). Ma impone una valutazione estensiva del concetto per non sottrarlo ad alcuni ineludibili requisiti sostanziali, prima ancora che a precise garanzie procedurali. In particolare, i requisiti perché possa parlarsi di sanzione "sostanzialmente penale" si identificano: i) nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, con la puntualizzazione che la stessa non è vincolante quando si accerta la valenza "intrinsecamente penale" della misura; ii) nella natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione della norma che lo prevede e dallo scopo perseguito; iii) nel grado di severità della sanzione (sentenze 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, resa nella causa Grande Stevens e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella causa Zolotoukhine c. Russia; si v. anche Corte di giustizia UE, grande sezione, 5 giugno 2012, n. 489, nel-

33 La pronuncia, in verità, non è di aiuto nella categorizzazione delle varie ipotesi di revoca/decadenza, limitandosi a tracciare dei distinguo, pure con qualche inesattezza sulla decorrenza (*ex tunc* o *ex nunc*) degli effetti del provvedimento.

la causa C-489/10), che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata. Il fatto, dunque, che l'ordinamento nazionale non qualifichi una certa sanzione come "penale" non ne implica l'esclusione dal relativo perimetro secondo la diversa accezione data alla stessa ai sensi della Convenzione. La Corte EDU, per evitare la c.d. "truffa delle etichette", impone di guardare al di là dell'inquadramento formale e ricercare la «*realtà della procedura in questione*» (Corte EDU, 27 febbraio 1980, caso 6903/75, Deweer v. Belgium, par. 44). Assume pertanto rilievo la circostanza che la previsione sanzionatoria si rivolga ad una generalità di soggetti -non sia quindi una sanzione disciplinare- e che abbia un contenuto afflittivo e una funzione deterrente. Peraltro, secondo la costante giurisprudenza di Strasburgo, i due ultimi requisiti sopra richiamati sono tra loro alternativi e non cumulativi. Sicché, da un lato, la gravità (severità) può essere non necessaria, ove una sanzione abbia in sé stessa una inequivoca funzione deterrente e punitiva; dall'altro, entro certi limiti, anche una misura nella quale il carattere afflittivo non sia prevalente (o addirittura manchi), ma che abbia conseguenze gravi per il destinatario, può essere considerata di natura penale e, quindi, rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU: pertanto, anche provvedimenti di carattere interdittivo o ripristinatorio comunemente ritenuti espressione di un generico potere ablatorio possono, a certe condizioni, ricadere nella nozione di «*accusa penale*» di cui all'art. 6 della Carta EDU (Corte EDU, 24 aprile 2012, caso n. 1051/06, Mihai Toma v. Romania, par. 26; *id.*, 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, Matyjec v. Poland, par. 58). Quanto poi all'art. 7, la Corte EDU è giunta a trarne, con la sentenza sull'*affaire* di Punta Perotti facendo leva sulla presenza del sintagma «*persona colpevole*» nelle versioni inglese e francese dell'articolo, la necessaria presenza di un criterio d'imputabilità soggettiva dell'illecito soggetto a sanzione penale (Corte EDU, sez. II, 20 gennaio 2009, caso n. 75909/01, Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia, par. 116)⁽³⁴⁾.

In questa sede si vuole in particolare fare riferimento al potere di revoca di cui all'art. 10 del T.u.l.p.s., che consegue ad un "abuso" del titolo "di polizia". La giurisprudenza ha chiarito che si tratta di «*un potere ampiamente discrezionale, che ha natura tipicamente preventiva e cautelare, a garanzia di interessi pubblici primari quali la sicurezza e l'ordine pubblico, di talché la sospensione della licenza deve ritenersi legittimamente adottata a prescindere dalla colpa del titolare dell'esercizio*» (cfr. T.a.r. per la Sicilia, 5 settembre 2023, n. 2697⁽³⁵⁾; Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2007, n. 1563; *id.*, 21 maggio 2007, n. 2534). La relativa dizione, «*comprende ogni violazione di legge, di regolamenti o di ordini dell'Autorità, indipendentemente dalla qualificazione come reato del comportamento sanzionato*» (Cons. Stato, Sez. IV, 27 settembre 1997, n. 772, richiamata in Cons. Stato, sez. III, 6 settembre 2018, n. 5263). Più in generale, si è affermato che: «*È legittima la sospensione della licenza, ai sensi dell'art. 10 T.u.l.p.s. (r.d. n. 773*

34 Nel caso di specie si controverteva della sanzione amministrativa non pecuniaria della confisca ex art. 44, c.2, t.u. edilizia, a seguito della commissione del reato di lottizzazione abusiva (sulla possibilità di addivenire alla confisca anche in caso di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, v. Corte cost., n. 49/2015, cit. *supra*; per un'applicazione dei principi della responsabilità incolpevole dell'acquirente in caso di lottizzazione abusiva, v. Cons. Stato, sez. VI, 20 settembre 2017, n. 4400). Avuto riguardo ad una graduazione minimale dell'elemento soggettivo all'interno della fattispecie illecita, si è ritenuta sufficiente la coscienza e volontà della condotta, senza addivenire all'affermata necessità della pienezza della presenza del dolo o della colpa a seconda della tipologia dell'illecito; ma di certo senza neppure ammettere forme di responsabilità oggettiva per fatto di terzi, in alcun modo ricollegabile alla sfera di controllo del soggetto punito.

35 In tale pronuncia, si riconosce il potere di revoca in capo (anche) al Questore, quale Autorità locale di p.s., stabilendo che non è prospettabile alcuna violazione del principio del *ne bis in idem* in materia sanzionatoria né alcuna incompatibilità con le competenze del Sindaco (per il rilascio di autorizzazioni per la medesima attività) atteso che la disposta revoca rientra nella discrezionalità dell'Autorità di pubblica sicurezza che, in base alla gravità dell'abuso commesso, compie un'autonoma valutazione nell'ambito delle proprie attribuzioni finalizzate alla cura dell'ordine e la sicurezza pubblica.

del 1931), non solo nel caso di abuso del titolo ma anche per la mera violazione delle modalità di svolgimento del servizio. Infatti l'autorizzazione di polizia va utilizzata conformemente alle prescrizioni contenute nelle leggi e nelle altre varie fonti sub-primarie e la loro violazione costituisce un uso anomalo e quindi un abuso del titolo, da sanzionare alla stregua dell'art. 10 richiamato» (Cons. Stato, sez. VI, 29 settembre 2010, n. 7185). In linea di massima, tuttavia, si tende ad incidere sul titolo specificamente "abusato", a seguito della perdita del rapporto fiduciario che aveva giustificato la sua adozione. Il che tipicamente accade con il venir meno delle condizioni che ne avevano consentito il rilascio. La discrezionalità di cui gode l'Autorità di pubblica sicurezza consente di valutare la complessiva personalità del richiedente, apprezzando se lo stesso possieda la specifica attitudine e dia sicura affidabilità nell'attività autorizzata in relazione ai riflessi che tale attività viene ad avere ai fini di una efficace protezione dei due beni giuridici di primario interesse pubblico, quali l'ordine e la sicurezza pubblica (così Cons. Stato, sez. III, 27 luglio 2012, n. 4278; C.G.A.R.S. sez. I, 21 febbraio 2019, n. 167). Non può pertanto attribuirsi carattere inficiante dell'apparato motivazionale e dell'attività istruttoria ivi riflessa alla circostanza che le vicende penali alla base della scelta non siano sfociate in pronunce sul «merito» della contestata reità. In particolare, come già ampiamente chiarito, la giurisprudenza ha precisato che la revoca non presuppone necessariamente «l'inconfutabile accertamento della commissione di reati», potendo tali presupposti «emergere anche laddove si riscontri che la licenza viene gestita nell'interesse di altri, specie se legati al mondo della criminalità organizzata, e se il locale pubblico diviene punto di riferimento di soggetti malavitosi. Tali condotte rappresentano espressione dell'abuso del titolo di polizia» previsto dall'art. 10 del TULPS come presupposto per la revoca» (T.A.R. Catania, Sez. IV, 30 luglio 2020, n. 1964). Per le medesime ragioni astrattamente potrebbero assumersi rilievo anche violazioni per le quali non si è mai addivenuti all'accertamento dell'illecito, in quanto sanate a seguito di diffida. Ma è evidente che in tale caso il provvedimento dovrà motivare la prognosi sfavorevole rispetto al mantenimento del rapporto fiduciario con l'Amministrazione che ha inteso di ravvisare nelle condotte in questione. Se dunque, si è esclusa la portata sanzionatoria dell'art. 10 del T.u.l.p.s., che, come detto, consente anche una certa gradazione della scelta, potendo essere irrogata la sospensione, anziché la revoca - sicché si ritiene che l'opzione per la misura più grave deve essere a sua volta motivata - ciò non può che valere a maggior ragione per l'ipotesi, in larga parte analoga, di cui all'art. 11, laddove prevede egualmente la revoca ove vengano meno le condizioni di rilascio, tra le quali rientra la c.d. "buona condotta", vale a dire una generale. È proprio sulla base dell'ampiezza valutativa sottesa a tale requisito soggettivo che la giurisprudenza ha reiteratamente ribadito la insindacabilità nel merito della discrezionalità sottesa al rilascio - e alla revoca - del titolo. Per riportare solo alcuni esempi, tra quelli di più recente attualità, con riferimento ad una agenzia investigativa³⁶, si è dunque affermato: «I provvedimenti di polizia sono preordinati alla prioritaria finalità di garantire la sicurezza e l'ordine pubblico mediante strumenti di prevenzione della commissione

36 Con l'art. 13 del decreto-legge n. 5 del 9 febbraio 2012, convertito dalla legge n. 35 del 4 aprile 2012, la licenza per le attività di agenzie di affari è stata sostituita da una comunicazione al Questore. La disposizione è stata interpretata come riferita alle sole agenzie di pubblici incanti, matrimoniali e di pubbliche relazioni, stante che esse erano le uniche rimaste nella competenza del Questore dopo il trasferimento della stessa ai Comuni ad opera del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (art. 163, comma 2, lett. b) e d). Resta pertanto la licenza del Questore per le agenzie di recupero crediti, espressamente escluso dalla riforma del 2012. Resta altresì il rilascio della licenza comunale per tutte le altre agenzie. Il Ministero dell'interno, in controtendenza con la propria impostazione tradizionale, ha ritenuto che proprio in ragione della natura ibrida di tale comunicazione, che si pone a metà strada tra la s.c.i.a. e una completa liberalizzazione, a tale comunicazione (e quindi a tale tipologia di agenzie) non si applicherebbero i principi generali in materia di autorizzazioni di polizia, eccezione fatta per l'art. 16 sul potere ispettivo e delle disposizioni concernenti l'esercizio dell'attività, quali l'art. 120 sull'obbligo di tenuta del registro giornale degli affari e di esposizione della tabella con le tariffe (circolare del 19 dicembre 2013, indirizzata alle Questure).

di reati e costituiscono la massima anticipazione della difesa sociale attraverso l'impedimento e la rimozione ab initio *delle stesse condizioni che potrebbero ragionevolmente costituire causa o anche solo occasione per il verificarsi di fatti, non solo e non necessariamente di rilievo penale, idonei a turbare l'ordinata convivenza civile mediante esposizione anche solo al pericolo della sicurezza e dell'ordine pubblico*» (Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2023, n. 7171⁽³⁷⁾). Talvolta la motivazione trae spunto dalla affermata sensibilità dell'attività di riferimento. Sempre con riferimento alle autorizzazioni di polizia rilasciate per attività investigative, ad esempio, si è appunto chiarito che stante la delicatezza delle funzioni che accedono alla stessa, è del tutto logico che la buona condotta dell'autorizzando debba essere accertata secondo un criterio particolarmente rigoroso, che risulterebbe eccessivo in relazione a provvedimenti autorizzatori di professioni di minore impatto sociale. In generale, comunque, si tende ad ammettere che venga dato rilievo in senso ostativo a fatti e circostanze privi in sé di significato penale e non riconducibili direttamente alla responsabilità del soggetto, purché motivatamente significativi dal punto di vista della "buona condotta", appunto e rilevanti sul piano prognostico, riferito alla stessa (Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2000, n. 3709, che benché risalente nel tempo, viene richiamata nelle pronunce più recenti). Il giudizio prognostico a fondamento del diniego delle autorizzazioni di polizia è considerato infatti più stringente del giudizio di pericolosità sociale o di responsabilità penale (Cons. Stato, sez. III, 6 dicembre 2019, n. 8368). È, quindi, giusto che l'Amministrazione neghi l'autorizzazione di polizia anche sulla base di seri indizi di scarsa affidabilità del richiedente (Cons. Stato, sez. III, 3 novembre 2021, n. 7350; *id.*, sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3227), sulla base di circostanze che, nell'esercizio dell'ampio potere di apprezzamento discrezionale, portino ad escludere una condotta irreprensibile ed immune da censure e costituiscano indice rivelatore (anche soltanto) della "possibilità" di abuso della licenza di pubblica sicurezza (Cons. Stato, sez. III, 19 maggio 2023, n. 4981). Tali affermazioni, come si vede, fanno cogliere appieno la commistione interpretativa tra l'art. 10 e il successivo art. 11 del T.u.l.p.s., afferente i casi in cui vengano a mancare «*in tutto o in parte, le condizioni alle quali*» il rilascio delle autorizzazioni di polizia è condizionato. La loro *ratio*, cioè, risiede nella mai rinnegata natura *intuitu personae* che connotava originariamente tale tipo di licenze, e che in alcuni casi è espressamente richiamata nella motivazione delle sentenze in materia di revoca (v. Cons. Stato, sez. III, 17 agosto 2022, n. 7206, riferita ad attività di esercizio scommesse *ex art. 88 del TULPS*, che richiama *id.*, 12 marzo 2020, n. 1140).

Ovviamente, la ritenuta natura non sanzionatoria della misura adottata la assoggetta alla giurisdizione del giudice amministrativo, anziché del giudice ordinario. L'ampiezza dei relativi presupposti, per come declinata dalla richiamata giurisprudenza, induce a far ritenere che in alcun modo eventuali irregolarità nell'accertamento dell'illecito sotteso alla loro applicazione ne infici la legittimità, purché l'atto sia adeguatamente motivato in relazione ai presupposti.

7. L'inapplicabilità del decreto alla fase dei controlli preventivi: possibili criticità.

È noto che la valorizzazione del fattore tempo delle decisioni amministrative ha ispirato sin dall'origine l'intelaiatura della già ricordata legge fondamentale sul procedimento amministrativo, 7 agosto 1990, n. 241, ed è alla base anche delle numerose novelle che l'hanno successivamente incisa. Le prassi delle amministrazioni pubbliche

37 Nella sentenza, peraltro, l'accertamento dei requisiti è stato ritenuto necessario anche con riferimento ai collaboratori delle agenzie di investigazione. Nello specifico, tuttavia, l'appello del Ministero dell'interno è stato comunque respinto e la sentenza del T.a.r. per la Campania di annullamento del diniego confermata per difetto di motivazione, e di istruttoria, richiamando precedenti in termini (Cons. Stato, sez. III, 19 maggio 2023, n. 4981).

-cui corrisponde inevitabilmente una copiosa casistica giurisprudenziale- dimostrano tuttavia che esse spesso non concludono i procedimenti, non li concludono nei termini previsti dalla legge, ovvero li concludono solo all'esito di un'azione giudiziaria avverso il loro originario silenzio; altrettanto spesso tornano sulle proprie decisioni, per ragioni di diritto o di fatto, condivisibili o meno, ma col risultato pratico di renderne precarie le originarie risultanze. Le riforme che si sono via via succedute, sino alle più recenti, hanno dunque cercato di arginare tali prassi, sforzandosi di positivizzare il giusto punto di equilibrio tra la teorica inesauribilità del potere amministrativo e la necessità di dare certezza alle situazioni giuridiche, che non possono essere esposte a ripensamenti *sine die*, ancorché indotti da segnalazioni/denunce di terzi, interessati a rimuovere gli effetti degli altrui atti ampliativi. La inesauribilità del potere sanzionatorio, espressione dell'autotutela esecutiva, ribadita a più riprese dal legislatore, non può dunque essere utilizzata - come di fatto troppo spesso accaduto - per superare i limiti temporali all'esercizio dei controlli preventivi e al ricorso all'autotutela decisoria, ove si vogliano rivedere decisioni in precedenza assunte. La questione può sembrare del tutto estranea al tema dei controlli, ma in realtà l'aver introdotto il momento della diffida quale diaframma tra gli stessi e l'esito sanzionatorio rischia di complicare un quadro già di per sé non semplice.

L'ANCI, nella sua "Nota di lettura" del decreto, ha escluso che lo stesso trovi applicazione relativamente ai controlli immediatamente conseguenti alla presentazione di una s.c.i.a. ovvero conseguenti all'istruttoria di una domanda. In verità, nella cornice dell'alleggerimento burocratico teleologicamente orientato a favorire la ripresa economica del *post* pandemia sono stati individuati modi di rafforzamento degli istituti del silenzio assenso e della segnalazione certificata di inizio attività, che in qualche modo potrebbero impattare con la tematica in esame. In primo luogo, va ricordata la certificazione del silenzio, che pur lasciando inevitabilmente immutata la struttura essenziale del provvedimento tacito, comprensiva delle scansioni temporali che ne determinano la formazione, ha cercato di ovviare alla riluttanza del privato a ritenersi "appagato" dallo stesso, piuttosto che aspirare alla sua "materializzazione" sul piano formale, a torto o a ragione percepita come più cautelante a fronte di un eventuale controllo. Con l'art. 12 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 è stato anche inserito nell'art. 2 della l. n. 241/1990 il comma 8-*bis* ai sensi del quale «*Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza di alcuni termini, sono inefficaci*». Vale la pena ricordare come la nozione dell'efficacia dei provvedimenti amministrativi trovi consacrazione formale nell'art. 21-*bis* con esclusivo riferimento a quelli limitativi della sfera giuridica dei privati: superando la teorica dell'atto ricettizio, essa si identifica in linea generale nell'avvenuta messa a conoscenza dei destinatari dei contenuti dell'atto. A livello definitorio, come ben sintetizzato da autorevole dottrina, l'efficacia di un atto amministrativo indica la sua idoneità a produrre effetti e conseguenze giuridiche e, allo stesso tempo, per una sovrapposizione semantica, il complesso medesimo di tali conseguenze⁽³⁸⁾. *A contrario*, l'inefficacia, più che una nuova forma di invalidità, può costituirne piuttosto una conseguenza, un effetto⁽³⁹⁾. Ove, tuttavia, la questione venga riguardata dall'angolazione della tutela del privato che intenda avvalersene, l'inquadramento dogmatico si palesa più complicato e denso di conseguenze pratiche. Si è infatti

38 V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, II, Torino, 2010, 422; G. GARDINI, *L'efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati*, in Codice dell'azione amministrativa, cit. *sub* nota precedente, 1002 ss.. Sulle conseguenze, anche in termini di tutela, della tardività delle decisioni v. P. CERBO, *Inefficacia della determinazione tardiva ed effettività della tutela*, in *Diritto Processuale amministrativo*, Anno XLII, Fasc. 1, 2024, Giuffrè ed..

39 Al riguardo, si veda ancora A. MANZIONE, *op. cit.*, *sub* nota 2.

inizialmente ipotizzato che ci si trovi di fronte ad un caso di vera e propria nullità, per far valere la quale lo strumento verrebbe ad essere quello della relativa azione di accertamento, basandola sull'affermazione dell'avvenuta consumazione del potere della p.a. (dunque una forma di nullità non riconducibile alle ipotesi tassativamente individuate dall'art. 21-septies della legge n. 241 del 1990). Abbandonata tale ricostruzione, sembra ormai prevalere la tesi della invalidità dell'atto, sottoposta a normale ricorso demolitorio, ovvero, più correttamente, dell'utilizzo del rimedio demolitorio per rimuovere l'atto dal mondo del diritto, giusta gli effetti che ne sono in via di fatto conseguiti, ancorché esclusi dalla legge. È evidente, dunque, che si viene a creare una sorta di "strappo" al sistema, uno iato tra teorica sostanziale degli istituti e tutela processuale, nello sforzo inevitabile di rendere quest'ultima effettiva. In applicazione, pertanto, dei principi generali del diritto processuale amministrativo, che privilegiano, al fine di dare effettività alla tutela, appunto, ridetto rimedio, evitando azioni di accertamento della nullità di atti che peraltro a stretto rigore, proprio in quanto "inefficaci", non si dovrebbe avere alcun interesse ad impugnare. Vero è che per la giurisprudenza, cui poi si è allineata anche la dottrina, il principio basilare su cui si è retta la teorica dell'atto amministrativo e dei conseguenti rapporti sostanziali e processuali - e che ha operato per decenni alla stregua di una norma positiva - è quello secondo cui lo stato naturale della fattispecie invalida è l'annullabilità. «*Sicché il sistema relativo all'invalidità si è incentrato sull'unico vizio principale, ossia l'illegittimità*»⁽⁴⁰⁾. Si è infatti ricordato come solo con la legge 11 febbraio 2005, n.15 il binomio invalidità/annullabilità è stato intersecato dalla esplicita categoria delle nullità, declinate all'art. 21-septies⁽⁴¹⁾.

Ciò che si vuole dire è che le questioni poste finiranno per intersecare il tema della immediata lesività della diffida laddove la stessa venga utilizzata sostanzialmente per rendere nota al destinatario la mancata valutazione come legittimante del silenzio (ad esempio, perché l'Amministrazione ritiene che il termine non abbia mai iniziato a correre giusta l'inadeguatezza della domanda)⁽⁴²⁾, ovvero della s.c.i.a., considerando la situazione riscontrata come *sine titulo*, anziché intervenire in autotutela sullo stesso.

Con il risultato di complicare ulteriormente, anziché semplificare, la vita dell'operatore economico e, ancor più, del cittadino che svolga un'attività economica.

8. Conclusioni.

Gli oneri amministrativi sono definiti - a livello comunitario - come «*i costi sostenuti dalle imprese, dal settore del volontariato, dalle autorità pubbliche e dai cittadini per conformarsi all'obbligo giuridico di fornire informazioni sulla propria azione o produzione ad autorità pubbliche o a privati*». Sul piano nazionale il legislatore italiano ha fornito una definizione parzialmente diversa sancendo che «*per oneri amministrativi si intendono i costi degli adempimenti cui cittadini ed imprese sono tenuti nei confronti delle pubbliche amministrazioni nell'ambito del procedimento amministrativo, compreso qualunque adempimento comportante raccolta, elaborazione, trasmissione, conservazione e produzione di informazioni e documenti alla pubblica amministrazione*». Questi oneri riguardano, tra gli altri aspetti, anche le verifiche e i controlli periodici. Ridurre l'onere amministrativo è un fattore chiave per eliminare vincoli e liberare risorse utili allo sviluppo e alla competitività delle aziende. La misurazione degli oneri amministrativi è il primo passo per poter procedere alla sua riduzione. Questo processo serve a individuare e a quantificare gli obblighi informativi superflui rispetto alla tutela degli interessi

40 Cons. Stato, A.P., 16 ottobre 2020, n. 22.

41 La norma, rubricata «Nullità del provvedimento», stabilisce: «*È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge*».

42

pubblici, con l'obiettivo di fornire solo le informazioni necessarie. Con il Programma d'azione per la riduzione degli Oneri amministrativi nell'Unione europea (Com. CE n 23/2007) Commissione e Consiglio Europeo nel 2007 hanno fissato un obiettivo di riduzione del 25% entro il 2012 degli OA derivanti dalla legislazione comunitaria, invitando gli Stati membri a fissare target analoghi a livello nazionale e adottando uno specifico metodo di misurazione – lo *EU-Standard Cost Model*. Originariamente introdotto in Olanda, l'*EU-Standard Cost Model* (EU-SCM) è stato perfezionato al fine di renderlo una metodologia di stima uniforme a livello europeo e ad oggi è adottato dall'UE e da 29 paesi UE. Il metodo può essere utilizzato per misurare gli oneri amministrativi derivanti da una specifica norma, da un settore di regolazione o dall'intero stock della regolazione esistente. Le tecniche di rilevazione utilizzate prevedono un ricorso estensivo agli *stakeholders* (imprese, ma anche associazioni di categoria, amministrazioni di settore, cittadini etc.), attribuendo loro un ruolo chiave in tutte le fasi del processo di misurazione. In Italia, l'attività di misurazione e riduzione degli oneri amministrativi sulle PMI a livello statale è stata avviata con il Piano per la Semplificazione amministrativa (PAS) del 2007 e viene svolta sulla base del cd "meccanismo del taglia oneri amministrativo" (art. 25 del D.L. 112/2008). Il già ricordato d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, ha previsto l'avvio di un'attività di misurazione degli oneri amministrativi (MOA) *ex ante* - ovvero di misurazione sui flussi di nuova legislazione – e ha impostato una nuova programmazione per gli anni 2012-2015 delle attività di MOA *ex post*, ampliandone l'ambito di applicazione agli oneri che gravano sulla pubblica amministrazione, ai tempi di conclusione dei procedimenti e al complesso degli oneri regolatori (e dunque non solo amministrativi) a carico di cittadini e imprese. Tra i principi e criteri direttivi cui il Governo doveva attenersi nell'adottare i regolamenti previsti (art. 1, comma 2-*bis*, della legge 11 novembre 2011, n. 180, inserito dall'art. 1 del d.l. n. 5/2012) figura espressamente il «*coordinamento delle attività di controllo al fine di evitare duplicazioni e sovrapposizioni, assicurando la proporzionalità delle stesse in relazione alla tutela degli interessi pubblici coinvolti*». L'art. 14, sulla semplificazione dei controlli alle imprese, menziona tra i principi e criteri cui avrebbero dovuto attenersi i regolamenti attuativi, la necessità di programmazione a monte anche «*per recare il minore intralcio al normale esercizio dell'attività dell'impresa*». La certezza delle situazioni giuridiche, dunque, passa attraverso la garantita stabilità delle stesse, e la loro conformazione postuma alle regole imposte dall'ordinamento la rafforza, non la indebolisce, nel contempo contribuendo a promuovere lo sviluppo dell'economia che percepisce quale burocrazia deteriore anche l'assoggettamento ad accessi ispettivi, ovvero l'interazione dialogica finalizzata all'accertamento di un illecito. La nuova frontiera della proporzionalità, che già trovava espressione in tali disposizioni, afferisce all'*an* del castigo in concreto, anziché al *quantum*, ovvero si estrinseca nella richiesta ponderazione della necessità del castigo laddove sia comunque possibile ripristinare la legalità lesa⁽⁴³⁾. Certo è che per quanto condivisibile possa essere la scelta di fondo operata dal legislatore, ogniqualvolta si parla di semplificazione sarebbe anche opportuna, se non doverosa, una semplificazione anche del linguaggio giuridico, così da non lasciare dubbi circa l'esatta portata delle riforme: il che non può dirsi accaduto ancora una volta già a partire dall'esatta interpretazione della disposizione volta a delineare

43 Benché afferente a tematica diversa, è di sicuro significativa la giurisprudenza in tema di applicazione del principio di proporzionalità in materia di sanzioni ripristinatorie, e segnatamente l'ingiunzione a demolire un abuso edilizio (v. Cons. Stato, sez. II, 10 maggio 2024, n. 4247, ove si ricorda come «otto il profilo contenutistico anche la giurisprudenza della Corte EDU, ha assunto sempre quale *tertium comparationis* per valutare la proporzionalità delle sanzioni demolitorie non la sola proprietà, ma il suo concerto utilizzo, valorizzando cioè un bene primario quale la casa, strumento ed espressione della possibilità di vita dignitosa dell'individuo, senza peraltro mai omettere il richiamo all'ampia discrezionalità di scelta lasciata dal Protocollo al legislatore nazionale». A livello comunitario si ricorda Corte EDU (sez. V, 21 aprile 2016, n. 46577/15, Ivanova e altri c. Bulgaria).

l'ambito di applicazione della normativa in generale e avuto riguardo all'importante istituto della diffida. D'altro canto, il mancato utilizzo della stessa, ove dovuto, ovvero, al contrario, il suo utilizzo per riattualizzare un accertamento di illegittimità non più possibile se non *sub specie* di autotutela⁽⁴⁴⁾, rischia di ingenerare un ingente contenzioso sia in relazione ai provvedimenti sanzionatori che a tutti quelli che comunque ne presuppongono l'esistenza e l'efficacia. Ma soprattutto il rischio è quello di creare indebite disparità di trattamento laddove lo stesso controllo venga ricondotto o meno all'alveo della riforma, sia in ragione di una diversa interpretazione della stessa, sia perché conseguito ad un accertamento originariamente di natura penale, come tale sicuramente estraneo al suo perimetro operativo, ma poi in concreto sfociato nella contestazione di un illecito amministrativo, così destinata sfuggire a qualsiasi forma di programmazione e pubblicizzazione a monte.

44 Si allude qui alla inefficacia dei provvedimenti intervenuti dopo la maturazione del silenzio assenso ovvero una volta decorso il termine per i controlli "ordinari" sulla S.C.I.A. giusta la previsione di cui all'art. 2, comma 8-bis della l. n. 241 del 1990 (introdotto dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120). Per un approfondimento della tematica, si veda ancora A. MANZIONE, *I tempi dell'agire amministrativo alla luce delle nuove regole sui termini del procedimento*, cit. *sub* nota 3.

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Il silenzio assenso, dall'analisi di un istituto inefficiente a forme innovative di amministrazione.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L'evoluzione normativa dell'istituto. 3. La natura giuridica del silenzio assenso. 4. Doveri di provvedere e consumazione del potere. 5. La situazione (di incertezza) dell'istante. 6. I tentativi di "salvare" il silenzio assenso. 7. I rimedi "avverso" il silenzio assenso. 8. Conclusioni e possibili soluzioni innovative.

DI ANDREA NARDI

ABSTRACT: Il presente lavoro analizza il tacito assenso, un istituto previsto dalla legge per risolvere il problema dell'inerzia dell'amministrazione, che non sempre risponde tempestivamente alle richieste dei cittadini. Con questo istituto, infatti, l'inerzia dell'amministrazione si traduce in un provvedimento che accoglie la richiesta del cittadino. In realtà, in questo modo, il cittadino si trova in una situazione di incertezza perché rischia che l'amministrazione intervenga in un secondo momento per rimuovere il provvedimento tacito precedente. Inoltre, la legge non prevede un modo per costringere l'amministrazione a emanare un provvedimento espresso ed evitare che il cittadino si trovi in questa situazione. Lo scopo di questo lavoro è quello di analizzare i problemi legati al tacito assenso e di ipotizzare soluzioni alternative anche attraverso l'utilizzo delle più recenti tecnologie disponibili.

ABSTRACT: *This paper analyses the tacit consent, an institute provided by law to solve the problem of the administration's inertia, which does not always respond to citizens requests in a timely manner. In fact, with this institute, the administration's inertia results in a measure granting the citizen's request. Actually, in this way, citizens find themselves in a situation of uncertainty because they risk the administration intervening at a later date to remove the tacit previous measure. Moreover, the law does not provide a way to force the administration to issue an express measure and prevent the citizen from being in this situation. The purpose of this paper is to analyze the problems related to the tacit consent and to hypothesize alternative solutions also through the use of the latest available technologies.*

1. Premessa.

La legge sul procedimento amministrativo prevede, come regola generale, che l'amministrazione ha l'obbligo di concludere i procedimenti, siano essi avviati su istanza di parte, sia d'ufficio, attraverso l'adozione di un provvedimento espresso⁽¹⁾ entro un termine, salvo diversa previsione, di trenta giorni⁽²⁾.

Tuttavia, non sempre le amministrazioni sono in grado di rispettare tale termine

¹ In particolare, l'art. 2, comma 1, della legge 7 agosto 1990 n. 241 prevede che "Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso".

² Ai sensi dell'art. 2, comma 2, della l. n. 241/1990.

con la conseguenza che le istanze dei privati restano così prive di riscontro⁽³⁾. Ciò determina risvolti anche di ordine economico e sociale in quanto un'istanza può avere a oggetto l'avvio di un'attività commerciale, che resta quindi preclusa, o il permesso di costruire una struttura, che non può essere realizzata.

Prima dell'introduzione del silenzio assenso il decorso del termine determinava soltanto un inadempimento dell'amministrazione⁽⁴⁾ al sopra citato obbligo di provvedere, senza tuttavia che a ciò fosse collegato alcun effetto. L'amministrazione quindi poteva sempre adottare, anche oltre il termine, comunemente inteso come ordinario, un provvedimento espresso⁽⁵⁾.

L'inerzia dell'amministrazione provocava ritardi e sfiducia nei confronti del potere pubblico ed era quindi necessario intervenire.

Tuttavia, anziché analizzare e rimuovere quelle che potevano essere le cause del problema (es. carenze di organico o la c.d. paura della firma), il legislatore ha preferito far derivare conseguenze giuridiche dall'inerzia dell'amministrazione attribuendole un significato o di rigetto o di assenso⁽⁶⁾. E così, a seguito del decorso del termine per provvedere, l'istanza si considera o accolta (silenzio assenso) o rigettata (silenzio rigetto)⁽⁷⁾.

In altri termini, con una *factio iuris*⁽⁸⁾, dall'inerzia dell'amministrazione viene fatto derivare un provvedimento tacito di accoglimento o di rigetto⁽⁹⁾.

A questo punto l'amministrazione non può più provvedere, visto che un provvedimento, ancorché tacito, ormai esiste, ma ha soltanto la possibilità di intervenire in autotutela per rimuovere l'atto tacitamente adottato.

Ed è proprio tale possibilità che determina incertezza e dimostra tutti i limiti dell'istituto. Infatti, un'amministrazione che non provvede è semplicemente un'amministrazione che non ha ancora esaminato l'istanza o che comunque non ha ancora preso la propria decisione. È, di contro, inverosimile che un ufficio dopo aver istruito una pratica e aver individuato l'atto da adottare scelga poi di non emanarlo. Chiarito quindi che il silenzio è inevitabilmente connesso a ritardi dell'amministrazione quest'ultima prima o poi completerà il procedimento avviato e giungerà a una decisione. Se questa

3 Sul punto, secondo D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2014, 427, "Quale possa essere un rimedio più soddisfacente in caso di inerzia, o, come più comunemente si dice, di "silenzio" dell'amministrazione nei procedimenti ad istanza di parte è un grave problema oggetto di attenzione da lungo tempo".

4 Definito anche come silenzio rifiuto.

5 M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, 247, secondo il quale "Ciò significa che l'amministrazione può emanare il provvedimento anche in ritardo, ferma restando l'eventuale responsabilità per il danno cagionato al privato che aveva confidato nel rispetto del termine".

6 V. DE FALCO, *Il silenzio assenso in Francia. Questioni applicative a confronto con l'esperienza italiana*, in *Dir. Pubbl. Comp. Europeo*, n. 1, 2016, 151, secondo il quale l'istituto "è generalmente pensato come un sistema di semplificazione amministrativa, volto a risolvere le problematiche che impediscono lo sviluppo delle posizioni giuridiche soggettive, ogni qual volta l'amministrazione ometta di adottare il provvedimento richiesto".

7 V. DE FALCO, *op. cit.*, 153, secondo il quale "L'ordinamento italiano riconosce tre differenti effetti al silenzio amministrativo, che può costituire, rispetto a un'istanza presentata all'autorità procedente, rigetto, mero inadempimento o assenso. In sostanza, a uno stesso fenomeno vengono, a seconda dei casi, attribuiti diversi significati, ai quali corrispondono poi diverse azioni processuali".

8 E. MELE, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 194, secondo il quale l'istituto è "una classica *factio iuris*, vale a dire che l'ordinamento giuridico si sostituisce all'Amministrazione e, per l'effetto dell'inerzia di questa serbato per un certo numero di giorni, determina, trascorso il termine stabilito, la comparsa nell'ordinamento di un provvedimento positivo". Cfr. M. CORRADINO, *Diritto amministrativo*, Padova, 2009, 701. Sul punto anche P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Riv. Giur. Ed.*, n. 2, 2022, 77 secondo il quale "Il silenzio-assenso è una finzione giuridica, una procedura fittizia. Come tale non dà nessuna certezza giuridica, anzi, alimenta l'incertezza; fa dunque a pugni con l'idea della calcolabilità del diritto".

9 M. CLARICH, *op. cit.*, 247, secondo il quale "Il decorso del termine di conclusione del procedimento produce un effetto giuridico *ex lege*". Sul punto anche V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 551, secondo il quale "Si tratta di un rimedio a carattere preventivo contro gli effetti paralizzanti del comportamento inerte dell'amministrazione sul fisiologico svolgimento dell'attività amministrativa e, in particolare, sulla legittima aspettativa del cittadino all'acquisizione di una posizione di vantaggio".

sarà di accoglimento, si avrà soltanto una consolidazione della situazione già in essere e non vi saranno quindi conseguenze pratiche, oltre che giuridiche, pregiudizievoli per il privato. Se la decisione sarà invece negativa l'amministrazione interverrà in autotutela ledendo così il legittimo affidamento *medio tempore* maturato dal privato.

Il silenzio assenso rischia così di produrre conseguenze addirittura peggiori del silenzio inadempimento. Infatti, mentre in quest'ultimo caso, il privato non potrebbe avviare alcuna attività, con il silenzio assenso quest'ultimo fa invece affidamento su un provvedimento di assenso che gli consente di intraprendere l'attività oggetto dell'istanza. Tuttavia, quest'ultima e le relative spese sostenute potranno essere poste nel nulla ove sopravvenga un annullamento in autotutela dovuto in realtà a un esame tardivo dell'istanza originaria.

Infatti, le materie nelle quali opera il silenzio assenso non sono oggetto di liberalizzazione⁽¹⁰⁾, come avviene nel caso della segnalazione certificata di inizio attività (c.d. SCIA), ma resta necessario un provvedimento favorevole dell'amministrazione⁽¹¹⁾.

Come si vedrà, nel corso degli anni, il legislatore ha convintamente sostenuto l'istituto del silenzio assenso con l'introduzione, anche di recente, di previsioni normative volte a tentare di potenziarlo, previsioni che tuttavia stanno mostrando i propri limiti anche operativi.

È forse quindi giunto il momento di mutare approccio, abbandonando un istituto che dopo anni e nonostante i numerosi tentativi di migliorarlo non ha mai davvero convinto e valutare soluzioni alternative anche sfruttando le più recenti tecnologie che rappresentano l'ormai prossimo inevitabile futuro.

2. Evoluzione normativa dell'istituto.

Le prime disposizioni che prevedono l'istituto del silenzio assenso si rinvencono già nell'Ottocento; è possibile richiamare l'art. 220 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. A, disposizione che riguardava il controllo dell'autorità governativa sull'attività degli enti locali⁽¹²⁾. La previsione fu riprodotta anche nella successiva legislazione comunale e provinciale e traeva le sue origini addirittura dall'Editto albertino del 1847 sull'amministrazione locale⁽¹³⁾.

Per molti anni il silenzio assenso ha riguardato ipotesi tassative e frammentarie spesso con riferimento ad attività di amministrazioni verso altre amministrazioni⁽¹⁴⁾, mentre il primo intervento organico si è avuto in materia edilizia⁽¹⁵⁾.

Come previsione generale l'istituto è stato introdotto con la legge sul procedimento

10 P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 77, secondo il quale con il silenzio assenso non vi "è infatti "liberalizzazione" (neanche del mero inizio) delle attività private soggette a controllo amministrativo, ma si annovera tra gli strumenti di semplificazione".

11 M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 214. Cfr. anche C. CONTESSA, A. LALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Piacenza, 2021, 551. Secondo E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 496, "l'attività non è «liberalizzata», ma pur sempre soggetta a regime amministrativo".

12 L'art. 220 della legge 20 marzo 1865, all. A, disponeva che "i consigli che omettano di deliberare sopra proposte dell'autorità governativa e dei presidenti, a cui siano specialmente eccitati, si reputeranno assenzienti".

13 A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, 27, secondo il quale "Questa previsione, che fu riprodotta con lievissime variazioni lessicali in tutta la successiva legislazione comunale e provinciale fino al testo unico del 1915, recepiva una norma dell'editto albertino del 1847 sull'amministrazione locale, conservata anche nella legislazione comunale e provinciale del Regno di Sardegna".

14 A. TRAVI, *op. cit.*, 30. Sul punto cfr. anche E. SCOTTI, *Il silenzio-assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *Lazione amministrativa*, Torino, 2016, 654, secondo cui "ipotesi di silenzio-assenso sono rintracciabili, con maggiore frequenza, sin dagli anni trenta del novecento, pur in un contesto di previsioni frammentarie e occasionali ispirate a una logica prettamente acceleratoria. A titolo di esempio, nei più disparati settori possono ricordarsi: l'art. 2, r.d.l. n. 272/1936 in materia di mutamento della destinazione d'uso alberghiera; l'art. 9, legge n. 860/1956 in materia di iscrizione all'albo delle imprese artigiane; gli artt. 6 e 7, legge n. 161/1962 in materia di censura cinematografica".

15 E. SCOTTI, *op. cit.*, 654, secondo la quale "l'istituto è stato dapprima introdotto per ipotesi specifiche" (art. 48, legge 457/1978 per gli interventi di manutenzione straordinaria) "ne è stato poi esteso l'ambito agli interventi di risanamento dell'esistente e agli interventi residenziali di nuova costruzione" (art. 7, d.l. n. 9/1982, conv. con legge n. 94/1982).

amministrativo⁽¹⁶⁾, la legge 7 agosto 1990 n. 241, all'art. 20, che nella sua versione originaria era costituito da tre commi⁽¹⁷⁾.

Il primo comma demandava a un regolamento governativo il compito di determinare i casi in cui il decorso del termine di conclusione del procedimento, avviato a seguito di una istanza di parte, equivaleva al rilascio dell'atto richiesto. Lo stesso primo comma faceva in ogni caso salva la possibilità dell'amministrazione di annullare d'ufficio il provvedimento tacito.

Il secondo comma disciplinava il procedimento per l'adozione del regolamento di cui al comma 1 mentre il terzo rinviava ad altre disposizioni per le previsioni di ulteriori ipotesi.

La disposizione è stata modificata nel 2005⁽¹⁸⁾ e con tale modifica il silenzio assenso è passato dall'essere un'eccezione che necessitava di una previsione espressa⁽¹⁹⁾ a regola generale⁽²⁰⁾.

Sul punto è stato rilevato come ciò si inserisse in una tendenza, anche sovranazionale, alla sostituzione degli atti autorizzativi con forme di consenso tacito, se non addirittura alla loro eliminazione al fine di rimuovere, o quanto meno ridurre, ostacoli

16 Analogo istituto è stato introdotto anche in altri Stati. Sul punto cfr. V. DE FALCO, *op. cit.*, 152, secondo il quale "L'effetto di approvazione tacita, trascorso un determinato tempo dalla richiesta, si riscontra in Spagna, Italia, Portogallo, Paesi Bassi, e, recentemente, è stato introdotto anche in Germania".

17 L'art. 20 della legge n. 241/1990, nella versione originaria, prevedeva che "1. Con regolamento adottato ai sensi del comma 2 dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, da emanarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono determinati i casi in cui la domanda di rilascio di una autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso od altro atto di consenso comunque denominato, cui sia subordinato lo svolgimento di un'attività privata, si considera accolta qualora non venga comunicato all'interessato il provvedimento di diniego entro il termine fissato per categorie di atti, in relazione alla complessità del rispettivo procedimento, dal medesimo predetto regolamento. In tali casi, sussistono le ragioni di pubblico interesse, l'amministrazione competente può annullare l'atto di assenso illegittimamente formato, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a sanare i vizi entro il termine prefissatogli dall'amministrazione stessa. 2. Ai fini dell'adozione del regolamento di cui al comma 1, il parere delle Commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato deve essere reso entro sessanta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, il Governo procede comunque all'adozione dell'atto. 3. Restano ferme le disposizioni attualmente vigenti che stabiliscono regole analoghe o equipollenti a quelle previste dal presente articolo".

18 La disposizione viene modificata dall'art. 3, comma 6-ter, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, decreto convertito, con modificazioni, in legge 14 maggio 2005, n. 80 (Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale - c.d. Decreto competitività).

19 G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, n. 1, 2021, 10, secondo il quale "Il silenzio-assenso da eccezione diventa regola, mentre l'autorizzazione espressa, senza la quale l'attività non può essere avviata, diventa eccezione".

20 L'art. 20 della legge n. 241/1990, dopo la modifica del 2005, prevede che "1. Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2. 2. L'amministrazione competente può indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al comma 1, una conferenza di servizi ai sensi del capo IV, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati. 3. Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies. 4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti. 5. Si applicano gli articoli 2, comma 4, e 10-bis". Sul punto V. LOPILATO, *op. cit.*, 552, secondo cui, con la riforma del 2005, "l'istituto ha assunto portata generale, passando da ipotesi eccezionale a regola, non operante nelle sole ipotesi espressamente escluse dal legislatore". M. CORRADINO, *op. cit.*, 703. G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 265. P. M. VIPIANA PERPETUA, *I procedimenti amministrativi. La disciplina attuale ed i suoi aspetti problematici*, Padova, 2012, 139. Cfr. anche E. SCOTTI, *op. cit.*, 659, secondo la quale "Si è attuata così una radicale innovazione rispetto al regime precedente, che vorrebbe superare, nei procedimenti ad istanza di parte, la regola del silenzio-rifiuto o inadempimento ed affermare, salve eccezioni espressamente contemplate, quale principio, l'equivalenza dell'inerzia dell'amministrazione all'accoglimento della domanda del privato".

alla libertà di iniziativa economica⁽²¹⁾.

Ai sensi del primo comma della nuova formulazione, infatti, il silenzio assenso riguarda tutti i “*procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi*”. Il terzo comma fa poi salva la possibilità di intervenire in autotutela dopo la formazione del provvedimento tacito.

Quest’ultima rappresenta in realtà una disposizione dal carattere più che altro ricognitivo; il potere di intervenire in autotutela è una prerogativa della pubblica amministrazione e pertanto non vi era ragione che la stessa non potesse farlo in caso di provvedimento tacito. Infatti, nel momento in cui il silenzio viene equiparato all’adozione di un atto amministrativo per quest’ultimo non può che valere la stessa disciplina prevista per i provvedimenti espressi.

Tenuto conto che il silenzio assenso è divenuta la regola generale⁽²²⁾ è emersa la necessità di prevedere le relative eccezioni. Queste sono state indicate al quarto comma dell’art. 20 della legge sul procedimento amministrativo e sono raggruppabili in quattro categorie: *i*) i procedimenti che attengono a determinate materie (es. il patrimonio culturale e paesaggistico, l’ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l’immigrazione, la salute e la pubblica incolumità); *ii*) i casi in cui la normativa europea impone l’adozione di un provvedimento formale; *iii*) i casi in cui la legge qualifica il silenzio come rigetto dell’istanza; *iv*) i procedimenti indicati con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti⁽²³⁾.

Nel 2015 è stata adottata una nuova riforma che ha interessato il silenzio assenso, la quale ha previsto l’emanazione di una disposizione, con funzioni ricognitive, per individuare le ipotesi nelle quali l’istituto trova applicazione.

In particolare, l’art. 5 della legge 7 agosto 2015 n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) ha delegato il governo a compiere una ricognizione dei casi in cui opera: *i*) la segnalazione certificata di inizio attività (c.d. SCIA), *ii*) il silenzio assenso e *iii*) delle ipotesi in cui è necessaria una autorizzazione espressa⁽²⁴⁾.

È stato quindi adottato il decreto legislativo 25 novembre 2016 n. 222 il quale contiene un allegato dove sono elencate una serie di attività con l’indicazione del relativo

21 G. MARI, *L’obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla violazione* (artt. 2, 17-bis e 20 l. 241 del 1990 s.m.i.) in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 169, secondo cui la “generalizzazione del silenzio assenso si inserisce in una più ampia tendenza sovranazionale alla sostituzione di atti permessivi espressi con la previsione del silenzio significativo (o della s.c.i.a.), se non alla loro eliminazione, sì da ridurre gli ostacoli all’esercizio della libertà di iniziativa economica”.

22 E. CASSETTA, *op. cit.*, 491, secondo il quale il silenzio assenso “costituisce oggi la regola nel nostro ordinamento per i procedimenti ad istanza di parte, pur se temperata da una serie di importanti eccezioni”. Anche D. SORACE, *op. cit.*, 428.

23 C. CONTESSA, A. LALLI, *op. cit.*, 549, secondo cui, in questi casi “la legge ribadisce il dovere dell’amministrazione di esercitare la competenza e di dichiarare espressamente l’esito delle sue valutazioni e decisioni”. F. DE LEONARDIS, *Principi dell’azione amministrativa. Il procedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2022, 267.

24 L’art. 5, comma 1, della legge n. 124/2015 prevede che “Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso, ai sensi degli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché di quelli per i quali è necessaria l’autorizzazione espressa e di quelli per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva, sulla base dei principi e criteri direttivi desumibili dagli stessi articoli, dei principi del diritto dell’Unione europea relativi all’accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, introducendo anche la disciplina generale delle attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa, compresa la definizione delle modalità di presentazione e dei contenuti standard degli atti degli interessati e di svolgimento della procedura, anche telematica, nonché degli strumenti per documentare o attestare gli effetti prodotti dai predetti atti, e prevedendo altresì l’obbligo di comunicare ai soggetti interessati, all’atto della presentazione di un’istanza, i termini entro i quali l’amministrazione è tenuta a rispondere ovvero entro i quali il silenzio dell’amministrazione equivale ad accoglimento della domanda”.

regime giuridico applicabile (es. silenzio assenso, SCIA)⁽²⁵⁾.

Nel 2020 è stato poi approvato il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale – Decreto semplificazioni 2020).

In particolare, l'art. 12 del citato decreto-legge ha introdotto all'art. 2 della legge n. 241/1990 il comma 8-bis il quale ha previsto l'inefficacia degli atti adottati dall'amministrazione oltre il termine di conclusione del procedimento⁽²⁶⁾.

In buona sostanza il legislatore ha espressamente disciplinato l'ipotesi in cui l'amministrazione adotti il provvedimento dopo la formazione del consenso tacito⁽²⁷⁾. Infatti, come si vedrà, l'assenza di una disciplina espressa sul punto aveva fatto sorgere contrastanti orientamenti giurisprudenziali⁽²⁸⁾.

Nel 2021 la disciplina del silenzio assenso è stata interessata da una nuova riforma che ha portato a una modifica dell'art. 20 della l. n. 241/1990 con l'inserimento del comma 2-bis⁽²⁹⁾.

Quest'ultimo ha previsto che, una volta decorso il termine di conclusione del procedimento, l'amministrazione, su richiesta del privato, debba rilasciare un'attestazione di avvenuto decorso del termine e quindi di formazione del provvedimento tacito di accoglimento.

Inoltre, decorsi dieci giorni dalla richiesta, in assenza di riscontro da parte dell'amministrazione, il privato potrà attestare autonomamente la formazione del silenzio assenso attraverso una dichiarazione *ex art. 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445*.

Si tratta in realtà di una previsione che era in parte già presente in materia edilizia dove il comma 8 dell'art. 20 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 prevede il rilascio dell'attestazione del decorso del termine di conclusione del procedimento relativo al permesso

25 Ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 222/2016 "A ciascuna delle attività elencate nell'allegata tabella A, che forma parte integrante del presente decreto, si applica il regime amministrativo ivi indicato". A titolo esemplificativo, nella tabella A, Sezione I – Attività commerciali e assimilabili, 1. Commercio su area privata, 1.1. Esercizio di vicinato nel settore NON alimentare, al n. 1, per l'Apertura Trasferimento di sede Ampliamento è previsto come regime amministrativo la SCIA, al n. 2 per il subingresso è prevista la sola comunicazione. Invece nella sezione 1.3. Media struttura di vendita NON alimentare, al n. 7, Apertura Ampliamento Trasferimento di sede è previsto il seguente regime amministrativo: "Autorizzazione-Silenzio assenso (decorsi 90 giorni)".

26 Il comma 8-bis dell'art. 2 della legge n. 241/1990, introdotto dall'art. 12 del d.l. 76/2020 prevede 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, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni".

27 M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori del decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2020, 177, secondo il quale "si tratta di una tecnica ad hoc collegata all'inerzia provvedimentale, giacché nei casi sopra indicati «l'inefficacia del provvedimento è pertanto funzionale a garantire la piena operatività delle norme che già qualificano il silenzio come assenso»".

28 G. CORSO, *Silenzio-assenso*, op. cit., 11, secondo il quale una parte della giurisprudenza "aveva continuato a sostenere che l'autorità può respingere la domanda di autorizzazione anche dopo la scadenza del termine; e anche i giudici che escludevano tale possibilità ritenevano che il nuovo provvedimento esplicito di rigetto dovesse essere impugnato e quindi ne presupponevano l'efficacia".

29 Si tratta in particolare del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108 (*Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure* - c.d. Decreto Semplificazioni 2021), il quale, all'art. 62 rubricato "Modifiche alla disciplina del silenzio assenso" ha previsto l'inserimento all'art. 20 della legge n. 241/1990 del seguente comma 2-bis: "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. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445".

di costruire⁽³⁰⁾.

È stato sostenuto che la modifica ha avuto lo scopo di assicurare “oggettività e visibilità al provvedimento tacito” rispondendo quindi a esigenze di certezza giuridica⁽³¹⁾. La stessa tuttavia, come si vedrà, non sembra aver risolto la situazione di incertezza in cui versa il privato che, con l'autodichiarazione, continua comunque a non avere un atto proveniente dall'amministrazione⁽³²⁾.

3. La natura giuridica del silenzio assenso.

Ricostruita l'evoluzione normativa dell'istituto del silenzio assenso, conviene analizzare la sua natura giuridica, in merito alla quale sussistono due principali orientamenti⁽³³⁾.

Il primo che sostiene la natura “attizia” del silenzio, il secondo che non ricollega invece allo stesso un vero e proprio provvedimento, ma ritiene che esso rappresenti un mero comportamento⁽³⁴⁾.

In particolare, secondo il primo orientamento, dal silenzio dell'amministrazione deriva un vero e proprio provvedimento amministrativo ancorché tacito che accoglie l'istanza presentata⁽³⁵⁾. Ciò comporta che a seguito della sua adozione l'amministrazione non può più provvedere sull'istanza originaria ormai accolta. In altri termini, l'amministrazione dovrà “fare i conti” con un provvedimento che si è comunque formato e pertanto qualora ritenga, magari a seguito di un esame tardivo dell'istanza, che la stessa avrebbe dovuto essere rigettata potrà soltanto intervenire in autotutela qualora ne sussistano i presupposti⁽³⁶⁾. Su questo punto è stato affermato che il fatto che l'amministrazione dopo la formazione del silenzio assenso possa intervenire soltanto in autotutela dimostra la natura provvedimentale del silenzio assenso⁽³⁷⁾.

È stato altresì rilevato come tale orientamento origini dalla trasposizione nel diritto

30 L'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380/2001, come modificato dall'art. 10, comma 1, lett. i), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 prevede che “Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui agli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. Fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio, lo sportello unico per l'edilizia rilascia anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti”.

31 G. CORSO, *Silenzio-assenso*, op. cit., 11.

32 M. A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, n. 1, 2022, 11, secondo cui “il legislatore del 2021 ha scelto un rimedio affatto peggiore del male, che, se compreso nella sua “pericolosità”, non costituisce certamente un modo per raggiungere il dichiarato obiettivo di (ri) dare fiducia agli operatori e, pertanto, non agevola la ripresa economica”.

33 V. LOPILATO, op. cit., 554 secondo il quale “La natura giuridica del silenzio assenso è controversa”. E. SCOTTI, op. cit., p. 669, secondo la quale con riferimento all'istituto del silenzio assenso “il dibattito teorico oscilla, nei suoi estremi, tra letture inclini ad assimilare gli effetti e il regime del silenzio a quelli di provvedimento e letture orientate, in una prospettiva di realtà giuridica, a ricondurre integralmente il silenzio al fatto giuridico e i suoi effetti alla legge”. Cfr. anche P. M. VIPIANA PERPETUA, op. cit., 146.

34 M. CORRADINO, op. cit., 702.

35 M. CLARICH, op. cit., 248, secondo il quale il silenzio assenso ha “valore provvedimentale”. Cfr. anche M. D'ALBERTI, op. cit., 214, il quale afferma che nel silenzio assenso, a differenza che nella SCIA, “si ha un provvedimento amministrativo tacito di accoglimento dell'istanza”.

36 D. SORACE, op. cit., 428, secondo il quale “il silenzio viene considerato in generale come un atto positivo virtuale, con la conseguenza che risultano possibili [...], in primo luogo, il suo annullamento d'ufficio e la revoca [...]. Inoltre, si può anche ottenerne l'annullamento da parte del giudice”.

37 R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1994, 489, secondo il quale la disposizione di cui all'art. 20, comma 1, ultima parte, della legge n. 241/1990, “costituisce esplicita conferma della natura provvedimentale del silenzio-assenso, in cui il legislatore equipara, attraverso un'autentica finzione, il comportamento inerte della P.A. (fatto) ad un vero e proprio provvedimento”.

to pubblico di schemi privatistici⁽³⁸⁾; lo stesso orientamento è probabilmente legato a un'idea tradizionale di pubblica amministrazione e di esercizio del potere, che necessita dell'adozione di atti amministrativi, gli unici in grado di incidere sulla sfera giuridica dei privati. In altri termini, l'esercizio del potere non può prescindere dall'adozione di atti amministrativi da ritenersi dunque adottati a seguito del silenzio⁽³⁹⁾.

Inoltre, sempre secondo una concezione più tradizionale, legata a un'idea impugnatoria del giudizio amministrativo, l'esistenza di un provvedimento rende più agevole l'accesso alla giustizia anche da parte di soggetti terzi che in questo modo avrebbero infatti un atto da impugnare⁽⁴⁰⁾.

Sussiste peraltro anche un rilevante orientamento giurisprudenziale che condivide la natura attizia del silenzio assenso⁽⁴¹⁾.

Secondo invece una seconda impostazione, al silenzio assenso non può essere riconosciuta una valenza provvedimentale; il silenzio resta infatti un mero comportamento materiale non equiparabile a un comportamento attivo dell'amministrazione⁽⁴²⁾.

Da tale comportamento la legge fa derivare gli stessi effetti di un atto amministrativo senza tuttavia che alcun atto possa considerarsi adottato⁽⁴³⁾. In altri termini, l'attività provvedimentale dell'amministrazione presuppone un comportamento attivo e quindi non è possibile far derivare l'adozione di un atto da un comportamento inerte che si ha in caso di silenzio. Pertanto, quest'ultimo comportamento non può che rilevare come mero fatto dal quale la legge fa derivare le stesse conseguenze di un provvedimento di accoglimento⁽⁴⁴⁾.

In buona sostanza l'equiparazione operata dall'art. 20 della l. n. 241/1990 sarebbe soltanto negli effetti prodotti e non anche nella realtà materiale nella quale continuerebbe a non esserci alcun provvedimento amministrativo.

Sussistono poi altri orientamenti che almeno in parte si discostano da quelli appena analizzati e secondo i quali da un mero comportamento materiale non è possibile collegare gli stessi effetti di un provvedimento espresso. Dal silenzio deriverebbe quindi soltanto una legittimazione del privato a intraprendere l'attività oggetto dell'istanza

38 F. G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2002, 239, secondo il quale "la dottrina pubblicistica, nella convinzione della trasponibilità degli schemi privatistici di ricostruzione dei fenomeni giuridici nel diritto pubblico, ha qualificato l'inerzia come provvedimento tacito; come provvedimento implicito; e come provvedimento presunto".

39 A. TRAVI, *op. cit.*, 65, secondo il quale, in merito alla necessità di collegare il silenzio dell'amministrazione a un atto "Riemergono piuttosto motivi più generali, di rilevanza sostanziale, connessi con tendenza già riscontrata (e della quale l'interpretazione del "silenzio" dell'amministrazione era solo un'espressione), a identificare negli atti amministrativi i fattori produttivi di effetti giuridici nel diritto amministrativo".

40 R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2016, 680, secondo i quali "in ragione della natura formalmente attizia del silenzio, lo stesso sarà suscettibile di impugnativa, da esperirsi nell'ordinario termine decadenziale, da parte dei terzi controinteressati".

41 Il Consiglio di Stato ha infatti statuito che nel caso del silenzio assenso "l'istituto è finalizzato a consentire la pronuncia del giudice amministrativo su di un comportamento che acquista un significato provvedimentale proprio in virtù dell'attribuzione di senso stabilita dalla norma" (Cons. St., Sez. VI, 17 marzo 2009, n. 1578). Ancora, "Il silenzio significativo secondo la giurisprudenza maggioritaria ha forza attiva e passiva equivalente al provvedimento espresso, con la conseguenza che l'amministrazione competente dispone solo di poteri di autotutela per contravvenire al provvedimento silenzioso" (TAR Puglia, Bari, Sez. III, 29 ottobre 2014, n. 1253). Sul punto anche TAR Lazio, Roma, Sez. II, 7 aprile 2016, n. 4193.

42 E. SCOTTI, *op. cit.*, 669, secondo la quale l'istituto è da ricondurre a "un semplice fatto giuridico in senso stretto; e non è in alcun modo rappresentabile quale esercizio della funzione amministrativa".

43 F. G. COCA, *op. cit.*, 239, secondo il quale nei casi di silenzio assenso la norma "stabilisce che, nelle ipotesi tassativamente previste, a determinare il nuovo assetto di interessi sia (non il provvedimento formale, bensì) il fatto giuridico dell'inerzia legalmente valutata". Pertanto, "il silenzio-assenso può essere ascritto nel novero dei fatti giuridici con valore legale tipico" e lo stesso "corrisponde, sul piano sostanziale, ad un consenso silenzioso e, sul piano procedimentale, ad un modo (alternativo al provvedimento formale) di conclusione del procedimento".

44 M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *Federalismi*, n. 10, 2020, 29, secondo il quale "il comportamento silenzioso non configura una modalità di esercizio della funzione, bensì un mero fatto, al quale la legge riconosce la capacità di produrre i medesimi effetti di una fattispecie diversa, ovvero dell'atto di assenso".

non riscontrata⁽⁴⁵⁾.

In questo senso è stato addirittura sostenuto come il silenzio assenso non determini l'acquisizione da parte del privato della titolarità di una situazione di vantaggio, ma piuttosto la sola legittimazione a espletare una determinata attività senza incorrere nel rischio di vedersi irrogare le sanzioni previste dall'ordinamento in caso di esercizio senza titolo. Si tratta comunque di una legittimazione temporanea e instabile in quanto potrebbe essere rimossa in caso di successivo intervento dell'amministrazione⁽⁴⁶⁾.

Tra le tesi prospettate, quest'ultima appare poco convincente in quanto sembra comportare la possibilità per il privato di svolgere un'attività in assenza di un provvedimento favorevole sebbene le materie interessate dal silenzio assenso, come detto, non sono liberalizzate.

Appare invece più convincente la tesi della natura attizia del silenzio assenso non solo perché generalmente condivisa dalla giurisprudenza, ma anche perché più in linea con la lettera della legge e con le ultime novità normative in materia sopra descritte.

L'art. 20 della l. n. 241/1990 chiarisce, infatti, espressamente che il silenzio assenso "equivale a provvedimento di accoglimento della domanda"; l'equivalenza non attiene agli effetti, ma piuttosto alla sussistenza di un provvedimento di accoglimento, il quale pertanto deve intendersi adottato.

Allo stesso modo, il comma 2-bis, del medesimo art. 20, il quale prevede l'obbligo dell'amministrazione di rilasciare un'attestazione su richiesta del privato, precisa che la stessa attestazione deve chiarire il decorso del termine "e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo". Anche in questo caso quindi non si fa riferimento alla sola produzione degli effetti, ma al concreto accoglimento della domanda, accoglimento che necessita dell'adozione di un provvedimento ancorché tacito.

La tesi qui condivisa sembra poi maggiormente in linea con le conseguenze del silenzio assenso. Il comma 3 dell'art. 20 della legge n. 241/1990, chiarisce infatti che l'amministrazione, dopo la formazione del silenzio assenso, "può assumere determinazioni in via di autotutela".

È chiaro come l'adozione di provvedimenti di secondo grado presuppone l'esistenza di provvedimenti di primo grado. Di contro, se il silenzio assenso rilevasse soltanto come mero comportamento, non è chiaro su quale atto dovrebbe essere esercitata l'autotutela prevista dal citato comma 3.

Infine, se, come si vedrà nel successivo paragrafo, il silenzio assenso determina la consumazione del potere dell'amministrazione, anche detta consumazione presuppone l'adozione di un atto.

4. Doveri di provvedere e consumazione del potere.

Come visto, ai sensi dell'art. 2, comma 1, della l. n. 241/1990 l'amministrazione ha il dovere di concludere il procedimento "mediante l'adozione di un provvedimento espresso".

45 A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2006, 489, secondo il quale con il silenzio assenso si equipara al provvedimento "un fattore che rispetto ad esso è assai eterogeneo. Per una eterogeneità la quale non può non finire con l'incidere sulla equipollenza che predica. Anzitutto, e per esempio, ovviamente questa potrebbe essere solo parziale; al di là di un nucleo essenziale, che poi è il motivo che costituisce la ratio della disposizione medesima: la legittimazione dell'istante ad intraprendere l'attività che aveva chiesto che gli venisse autorizzata; almeno provvisoriamente, e non senza maggiori rischi".

46 A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2006, 99, il quale fa riferimento al fatto che dal silenzio assenso deriva una mera legittimazione ad avviare una attività e non "la acquisizione della titolarità di situazioni di vantaggio rispetto a quei beni ed a quelle attività. Il titolo di legittimazione rappresenta solo la possibilità giuridica temporanea di sperimentare l'esercizio di una situazione lecita e non definitiva. Dunque, una legittimazione minimale, temporanea, valevole ad ottenere riconoscimento in atti amministrativi successivi e connessi".

Ci si è interrogati se anche nelle materie in cui opera il silenzio assenso sussista detto obbligo tenuto conto che tali procedimenti in realtà si concludono in assenza di un provvedimento espresso⁽⁴⁷⁾.

Sussiste infatti un orientamento secondo il quale il silenzio assenso comporta un mutamento di detto obbligo in onere⁽⁴⁸⁾. In buona sostanza, solo nel caso in cui l'amministrazione intenda rigettare l'istanza del privato essa sarebbe tenuta a adottare un provvedimento espresso; di contro, nel caso in cui intenda adottare un provvedimento favorevole la stessa potrebbe anche non provvedere espressamente⁽⁴⁹⁾.

La tesi non tiene tuttavia conto del fatto che non sempre il silenzio assenso è conseguenza di una scelta dell'amministrazione che dopo aver esaminato l'istanza decide poi di non riscontrarla, consentendo così la formazione di un consenso tacito. Quest'ultimo può infatti essere anche conseguenza di inerzie o inadempimenti dell'amministrazione e in questo caso il silenzio assenso non rappresenta una modalità alternativa di provvedere concessa dalla legge, ma piuttosto una misura per rimediare all'inerzia dell'amministrazione evitando che quest'ultima gravi sul privato, il quale rischierebbe di restare *sine die* in attesa di un riscontro.

E infatti un secondo orientamento ritiene che il silenzio assenso rappresenti un rimedio previsto dall'ordinamento in favore del privato in conseguenza della violazione di un dovere giuridico in capo all'amministrazione ossia quello di provvedere con un atto espresso⁽⁵⁰⁾.

In altri termini, il silenzio assenso rappresenta una sanzione prevista per l'amministrazione come conseguenza della sua inerzia, sanzione che si configura con la perdita del potere di provvedere che, come si vedrà, deve ritenersi consumato⁽⁵¹⁾.

L'istituto non rappresenta quindi alcuna deroga al generale dovere dell'amministrazione di provvedere.

Non convince la tesi del mutamento di tale dovere in onere in quanto, come è stato rilevato, quest'ultimo comporta una libertà di agire non compatibile con l'azione (doverosa) della funzione amministrativa⁽⁵²⁾.

Del resto, l'obbligatorietà della funzione amministrativa, incompatibile con l'istituto dell'onere, emerge anche dai principi generali dell'azione amministrativa ossia buon andamento, imparzialità nonché collaborazione e buona fede (ora espressamente citati

47 E. SCOTTI, *op. cit.*, p. 686, secondo la quale "Non si riscontra, in particolare, unicità di vedute sul se resti fermo il dovere di provvedere o se invece il silenzio-assenso non supponga il superamento di tale dovere". Sul punto anche P. M. VUPIANA PERPETUA, *op. cit.*, 147.

48 F. G. COCA, *op. cit.*, 239, secondo il quale il silenzio assenso "produce conseguenze anche sul modo di concepire la posizione dell'amministrazione nel procedimento amministrativo; che da una generale situazione soggettiva di «dovere» (di provvedere) viene a trovarsi in una situazione di «onere» (di provvedere), nel senso che essa è tenuta a provvedere in maniera espressa nella misura in cui intende impedire il venire in essere dell'assetto di interessi richiesto dal privato e astrattamente previsto dalla norma come compatibile con l'interesse pubblico".

49 G. MARI, *op. cit.*, 172, secondo cui, seguendo tale orientamento l'amministrazione sarebbe "tenuta a provvedere in maniera espressa nei soli casi in cui intenda impedire il venire in essere dell'assetto di interessi astrattamente previsto dalla norma come compatibile con l'interesse pubblico e richiesto dal privato".

50 G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 265, secondo il quale "la legge non autorizza in questo modo il provvedimento silenzioso: perché in un caso del genere l'autorità ha pur sempre violato l'obbligo di concludere tempestivamente il procedimento con un provvedimento espresso. Solo che per ragioni di tutela del privato (e a scopo di dissuasione nei riguardi dell'amministrazione) l'inerzia viene equiparata ad un atto di assenso".

51 M. CALABRÒ, *op. cit.*, 38, secondo il quale "il meccanismo del silenzio assenso configura ex se una sanzione nei confronti di una colpevole inerzia dell'amministrazione, sanzione consistente nella perdita del potere di esercitare la funzione di amministrazione attiva". In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza secondo la quale il silenzio assenso non implica "alcuna deroga al potere - dovere dell'amministrazione pubblica di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'art. 97 della Costituzione" (Cons. St., Sez. V, 1° aprile 2011, n. 2019).

52 A. TRAVI, *op. cit.*, 242, il quale esprime perplessità sull'ammissibilità "della figura dell'onere rispetto all'attività di diritto amministrativo considerata nelle previsioni di silenzio-assenso provvedimentoale. L'azione amministrativa si configura qui come "funzione", e il suo esercizio è sempre doveroso [...]. La figura dell'onere implica invece una libertà di scelta ed è incompatibile con le nozioni di doverosità e di funzione".

anche all'art. 1, comma 2-bis, della l. n. 241/1990).

Peraltro, se, come visto, il dovere di provvedere rappresenta la regola generale dell'*agere* amministrativo, una eventuale deroga, non può essere desunta in via implicita, ma necessita piuttosto di una espressa previsione normativa.

Chiarito quindi che anche nelle ipotesi di silenzio assenso sussiste il dovere di provvedere, occorre a questo punto analizzare le conseguenze della formazione del silenzio assenso anzitutto dal lato della pubblica amministrazione.

In buona sostanza, occorre verificare se quest'ultima possa o meno adottare, anche dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento e quindi la formazione del silenzio assenso, atti amministrativi tardivi. La risposta a tale interrogativo comporta la necessità di verificare se dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento l'amministrazione conservi ancora il proprio potere di provvedere o se questo debba considerarsi consumato.

Anche in questo caso sussistono due principali orientamenti. Secondo un primo orientamento, in realtà minoritario, dopo il decorso del termine l'amministrazione non perde il potere di provvedere⁽⁵³⁾ e di conseguenza è possibile l'adozione di un atto amministrativo, anche di rigetto, tardivo⁽⁵⁴⁾.

Parte della dottrina ha giustificato la conservazione del potere per il fatto che, come visto, anche nelle materie nelle quali si applica il silenzio assenso sussiste il dovere dell'amministrazione di provvedere. Ebbene quest'ultimo non può considerarsi adempiuto con il mero decorso del tempo, ma necessita dell'adozione di un provvedimento espresso. Pertanto, finché ciò non avviene l'amministrazione non avrà adempiuto al proprio dovere e, di conseguenza, il suo potere non potrà ritenersi consumato⁽⁵⁵⁾.

Detto orientamento ha probabilmente trovato una qualche forma di legittimazione nella giurisprudenza secondo la quale il mero decorso del tempo non è sufficiente alla formazione del silenzio assenso. Quest'ultimo presuppone infatti anche la sussistenza di tutti i requisiti richiesti dalla normativa che disciplina l'istanza presentata⁽⁵⁶⁾ e che la stessa istanza sia corredata di tutta la documentazione necessaria⁽⁵⁷⁾.

In definitiva, il silenzio assenso e quindi l'atto tacito o comunque gli effetti del provvedimento di accoglimento si producono non soltanto dopo che il termine di conclusione del procedimento è scaduto, ma a patto che l'istanza risulti conforme alla

53 V. DE FALCO, *op. cit.*, 172, secondo il quale "il decorso del tempo previsto per la conclusione del procedimento, secondo parte della giurisprudenza, non consuma il potere dell'amministrazione di provvedere, in assenza di una specifica disposizione di legge".

54 L'orientamento è ripotato da M. CALABRÒ, *op. cit.*, 32, per il quale "Secondo un orientamento minoritario, la principale distinzione rispetto all'ipotesi di rilascio del provvedimento espresso ad esito positivo risiederebbe proprio nella circostanza che in caso di silenzio assenso residuerebbero in capo alla p.a. spazi di esercizio del potere di provvedere".

55 A. CIOFFI, *op. cit.*, 99, secondo cui "assume importanza quella teoria del silenzio-assenso che lo configura come «rimedio dell'inadempimento»; e soprattutto la considerazione che il dovere non si cancella e non cede all'onere di provvedere. Ne discende l'ulteriore conseguenza che l'amministrazione non perde ma conserva il potere di provvedere, pure dopo la scadenza del termine".

56 È stato rilevato che "in linea di diritto, assume rilievo dirimente il principio, già evidenziato anche dalla giurisprudenza della sezione, a mente del quale il silenzio assenso non si perfeziona per il solo fatto dell'inutile decorso del termine perentorio a far data dalla presentazione della domanda di sanatoria e del pagamento dell'oblazione, occorrendo altresì l'acquisizione della prova, da parte del Comune, della ricorrenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi stabiliti dalle specifiche disposizioni di settore"; pertanto "il silenzio assenso non si forma per effetto della presentazione di una domanda che non sia corredata dalla integrale dimostrazione dell'esistenza di detti requisiti, relativi al tempo di ultimazione dei lavori, all'ubicazione, alla consistenza delle opere e ad ogni altro elemento rilevante affinché possano essere utilmente esercitati i poteri di verifica dell'amministrazione comunale (cfr. ad es. Consiglio di Stato sez. VI 27 luglio 2015 n. 3661)" (Cons. St., Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3204).

57 In particolare, "la formazione del silenzio assenso presuppone che la domanda sia corredata di tutta la documentazione prevista dalla normativa di settore, non implicando detto meccanismo procedimentale alcuna deroga al potere dovere della amministrazione pubblica di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'art. 97 Cost. ed implicando quindi siffatta disciplina che l'amministrazione sia posta nella condizione di verificare la sussistenza di tutti i presupposti legali per il rilascio della autorizzazione" (Cons. St., Sez. III, 15 gennaio 2014, n. 119; nello stesso senso anche Cons. St., Sez. V, 1° aprile 2011, n. 2019). Sul punto cfr. P. M. VIPIANA PERPETUA, *op. cit.*, 142.

disciplina di riferimento⁽⁵⁸⁾. Pertanto, in caso contrario, non si forma il silenzio assenso e conseguentemente l'amministrazione non perde il proprio potere di provvedere da ritenere quindi non consumato.

Detto orientamento porterebbe tuttavia a inaccettabili conseguenze in termini di certezza e di stabilità dei rapporti giuridici. Infatti, dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento, il privato, maturato un legittimo affidamento sull'accoglimento dell'istanza per silenzio assenso, avvierebbe l'attività oggetto dell'istanza, ma l'amministrazione, in ogni momento, potrebbe intervenire con l'adozione di un provvedimento tardivo sostenendo la mancata formazione del silenzio assenso.

Più in generale l'orientamento che sostiene la mancata consumazione del potere sembrerebbe contrastare con la stessa *ratio* dell'istituto del silenzio assenso finalizzata a sanzionare l'inerzia dell'amministrazione, evitando che quest'ultima aggravi la posizione del privato in materie, non liberalizzate, che necessitano comunque dell'adozione di un provvedimento positivo.

Appare quindi preferibile un secondo orientamento secondo il quale il decorso del termine per provvedere comporta la consumazione del potere dell'amministrazione⁽⁵⁹⁾ la quale quindi non potrà più adottare un provvedimento di primo grado⁽⁶⁰⁾.

L'orientamento appare più in linea anzitutto con la disposizione normativa la quale, come visto, prevede che decorso il termine di conclusione del procedimento l'amministrazione può intervenire soltanto in autotutela⁽⁶¹⁾.

Lo stesso orientamento risulta anche più coerente con le esigenze di semplificazione dell'istituto in esame ed evita che il privato resti *sine die* nell'incertezza di un intervento tardivo dell'amministrazione.

Se è vero, infatti, che resta comunque possibile un successivo intervento in autotutela, detto esercizio è comunque subordinato alla sussistenza di requisiti, anche temporali, che pongono almeno in parte al riparo il legittimo affidamento maturato dal privato a seguito della formazione del provvedimento tacito di assenso.

Sul punto la giurisprudenza è sostanzialmente concorde nel non consentire l'adozione di un provvedimento tardivo; tuttavia, vi sono diversi orientamenti in merito alla qualificazione di quest'ultimo.

Secondo un primo orientamento il provvedimento tardivo sarebbe infatti illegitti-

58 M. A. SANDULLI, *op. cit.*, 11.

59 A. SCOGNAMIGLIO, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2017, 481, secondo cui sussistono ipotesi di silenzio "nelle quali la previsione del termine per la conclusione del procedimento assolve alla funzione di circoscrivere entro limiti temporali predeterminati il potere dell'amministrazione. La ratio di delimitare nel tempo la situazione di incertezza e di sospensione dell'assetto delle relazioni giuridiche tra le parti, dovuta alla circostanza che ad una di esse è attribuito il potere di determinare quell'assetto in via unilaterale, comporta che il decorso del termine implichi la decadenza del potere".

60 M. CORRADINO, *op. cit.*, 702, secondo il quale "nel caso di silenzio significativo, a differenza di quanto accade nelle ipotesi di mero silenzio-inadempimento, una volta decorso il termine fissato dalla legge, l'Amministrazione rimane sfornita del potere di provvedere (se non in via di autotutela) giacché il potere si è esaurito in conseguenza del decorso del termine". Cfr. anche E. MELE, *op. cit.*, 195, secondo il quale dopo la formazione del silenzio assenso "l'Amministrazione ha perduto il potere di decidere sullo stesso, in quanto, nella specie, il relativo potere, essendo spirato il termine assegnato, non può più essere esercitato concretamente". Sul punto anche G. MARI, *op. cit.*, 175, secondo cui una "volta formato il silenzio assenso, va escluso il permanere in capo alla P.A. del potere di provvedere in modo esplicito con un provvedimento di diniego".

61 L'art. 20, comma 3, della legge n. 241/1990, prevede infatti che "Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-novies".

mo e quindi annullabile⁽⁶²⁾ in quanto adottato in violazione di legge ossia del termine imposto per la conclusione del procedimento. Secondo, invece, un altro orientamento, più netto, il provvedimento sarebbe nullo o addirittura inesistente per carenza di potere (ormai consumato)⁽⁶³⁾.

La questione è stata in realtà risolta, come visto, dallo stesso legislatore, il quale ha espressamente qualificato come inefficace il provvedimento tardivo ai sensi del comma 8-*bis* dell'art. 2 della legge n. 241/1990. La novità rappresenta quindi un nuovo argomento a sostegno della tesi della consumazione del potere.

5. La situazione (di incertezza) dell'istante.

Ricostruita l'evoluzione normativa, chiarita la natura giuridica e le conseguenze del silenzio assenso per l'amministrazione, è zora possibile analizzare la posizione del privato istante a seguito della formazione del silenzio assenso.

Infatti, a prescindere dalla natura giuridica di quest'ultimo il privato avrà comunque la possibilità di intraprendere l'attività oggetto dell'istanza (es. di costruire).

In linea teorica egli si troverà nella stessa posizione del soggetto che ha ottenuto un provvedimento espresso di assenso.

In realtà, da un punto di vista pratico, l'istante si trova in una situazione non paragonabile al destinatario di un atto espresso, ma di forte incertezza e profonda instabilità⁽⁶⁴⁾.

Alla base di ciò sta il fatto che non è possibile sapere cosa ci sia dietro al silenzio assenso formatosi. È infatti possibile che l'amministrazione, dopo aver analizzato l'istanza e verificato la sussistenza dei presupposti legali, determinatasi nel voler accogliere l'istanza abbia soltanto scelto di non adottare un atto espresso sapendo che il suo silenzio avrebbe comunque portato alle stesse conseguenze di un provvedimento di accoglimento. In questo caso, in effetti, è possibile equiparare, anche sostanzialmente, la posizione del destinatario di un provvedimento espresso al beneficiario di un consenso tacito.

Occorrerebbe tuttavia domandarsi quali possano essere le ragioni che possano spingere un'amministrazione, dopo aver esaminato l'istanza, istruito il procedimento, sentito eventuali altre amministrazioni e deciso di accogliere l'istanza, a non adottare

62 È stato infatti annullato un provvedimento tardivo perché "quando il titolo abilitativo si forma per silenzio assenso, per costante giurisprudenza, l'Amministrazione non può formulare un diniego tardivo, atteso che il potere è stato giuridicamente, anche se implicitamente, esercitato, ma deve rimuovere il titolo formatosi per silenzio assenso esercitando il potere di autotutela, cioè annullandolo d'ufficio ai sensi dell'art. 21 nonies co. 1, o revocandolo ai sensi dell'art. 21 quinquies l. n. 241/1990, ove sussistano i presupposti della revoca" (TAR Campania, Napoli, Sez. V, 1° aprile 2019, n. 1798). Ancora, "il decorso del termine di novanta giorni ha prodotto, in modo naturale, l'effetto dell'assenso tacito, previsto dalla citata norma dell'art. 3 primo comma del D.P.R. n. 384 del 1994, con la conseguenza che il successivo provvedimento di diniego dell'autorizzazione risulta illegittimo, in quanto adottato oltre la scadenza del termine (23 luglio 1998) di formazione dell'autorizzazione implicita. In proposito deve ulteriormente osservarsi che, se è vero che il conseguimento di un provvedimento amministrativo favorevole da parte del privato, formatosi a seguito del silenzio assenso, non esclude che l'amministrazione possa disporre, in via di autotutela e in presenza dei necessari presupposti, anche l'annullamento postumo dell'autorizzazione tacitamente assentita, nella specie tuttavia il provvedimento impugnato non ha né la forma, né la sostanza di un atto di autotutela, atteggiandosi a mero diniego tardivo dell'autorizzazione, privo della necessaria fase partecipativa, nonché dell'esplorazione dei motivi di interesse pubblico posti a sostegno dell'intervento postumo in autotutela" (TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 7 giugno 2006, n. 1321).

63 Infatti, è stato sostenuto che "l'avvenuta consumazione del potere di provvedere sulla domanda di concessione edilizia, conseguita all'omessa comunicazione di un provvedimento di diniego entro il termine perentorio prescritto, impedisce all'Amministrazione di deliberare validamente l'impugnata negazione del titolo - tale dovendosi qualificare (per come formulato) l'atto sindacale prot. n. 12236 in data 17 novembre 1994 - che deve, quindi, ritenersi illegittimamente disposta in carenza di potere (rectius: inesistente), quando, cioè, ormai si era formato il silenzio assenso ed il Comune aveva irrimediabilmente perduto la potestà di definire il procedimento attivato con l'originaria istanza (già concluso con la costituzione del provvedimento implicito)" (Cons. St., Sez. V, 8 aprile 2003, n. 1854).

64 M. A. SANDULLI, *op. cit.*, 11, secondo cui "la misura che doveva costituire un vantaggio per gli amministrati si è rilevata nel tempo un boomerang, privandoli della garanzia di certezza, che, con tutti i suoi limiti (ivi compresa la possibilità di un suo annullamento), è indubitabilmente offerta da un provvedimento espresso".

il provvedimento finale che a quel punto sarebbe soltanto la sintesi conclusiva di un'attività già espletata.

Appare infatti difficile immaginare che alla base di una simile scelta ci possano essere ragioni di celerità o di semplificazione, tenuto conto che le fasi più dispendiose e complesse di un procedimento amministrativo sono quella istruttoria e quella decisoria che nel caso ipotizzato sono già state svolte.

È pertanto maggiormente verosimile prospettare un'altra ipotesi, ossia quella in cui un'amministrazione che non riscontra un'istanza è un'amministrazione che o non l'ha valutata o non ha terminato, entro il termine di conclusione del procedimento, l'istruttoria pur avendola avviata⁶⁵.

Ebbene, in tale ipotesi, che, come detto, appare più verosimile rispetto alla prima, la posizione del privato appare fortemente distante da quella del destinatario del provvedimento espresso. Quest'ultimo ha infatti avuto un assenso non solo formale, ma anche sostanziale dietro al quale vi è la concreta decisione dell'amministrazione di accogliere l'istanza presentata.

In definitiva, in caso di formazione del silenzio assenso, non vi è stata alcuna effettiva decisione dell'amministrazione e ciò significa che quando quest'ultima terminerà, ancorché in ritardo, l'istruttoria e giungerà alla propria reale decisione finale di accogliere o meno l'istanza, arriverà il momento della "resa dei conti".

Se, infatti, la decisione sarà favorevole la situazione resterà sostanzialmente invariata; anche se, in realtà, un provvedimento espresso, ancorché sotto la forma di un atto meramente confermativo, sarà certamente apprezzato dal privato. Quest'ultimo avrà infatti finalmente un atto dell'amministrazione che garantirà maggiore certezza anche nei rapporti con i terzi.

Il vero punto è legato invece all'ipotesi in cui l'amministrazione, conclusa l'istruttoria, si renda conto che l'istanza era da respingere fin dall'inizio.

In questa ipotesi sarà dunque necessario fare i conti con il fatto che l'istanza è stata ormai già accolta e il privato, facendo in buona fede legittimo affidamento sul consenso tacito dell'amministrazione, ha verosimilmente (e soprattutto legittimamente) già avviato la propria attività.

In buona sostanza, l'amministrazione si trova quindi a intervenire su una situazione già definita positivamente per il privato.

Sebbene, come visto, in questi casi l'amministrazione può intervenire soltanto in autotutela, si tratta tuttavia di una situazione sulla quale conviene svolgere alcune considerazioni stante la sua peculiarità⁶⁶.

È vero che formalmente si tratta di un intervento in autotutela e che pertanto detto intervento sarà soggetto ai relativi limiti, anche di ordine temporale, ma è altrettanto vero che, nella sostanza, si tratta di un intervento di primo grado con il quale l'amministrazione, per la prima volta, si pronuncia espressamente sull'istanza.

Nei fatti è quindi possibile che l'amministrazione si comporti da un punto di vista pratico e operativo come se adottasse un provvedimento di primo grado senza tenere in considerazione le esigenze di pubblico interesse come dovrebbe invece avvenire in caso di intervento in autotutela.

Non a caso, secondo un orientamento giurisprudenziale, in queste ipotesi, l'azione dell'amministrazione ha profili valutativi tipici della funzione di primo grado e pertanto non è necessaria la specifica indicazione di ragioni di pubblico interesse stante la necessità di rimuovere gli effetti *contra legem* derivanti dal silenzio assenso. In questi

⁶⁵ Si ritiene invece di non prendere nemmeno in considerazione il caso, considerabile come mera ipotesi di scuola, dell'amministrazione che terminata l'istruttoria non sia in grado o peggio non voglia adottare la decisione finale.

⁶⁶ E. SCOTTI, *op. cit.*, 684, secondo la quale "quella sul silenzio-assenso costituisce un'ipotesi di autotutela sui generis".

casi infatti, secondo detto orientamento, viene ripristinata una situazione conforme al dettato normativo e, conseguentemente, all'interesse pubblico collegato all'istanza presentata⁽⁶⁷⁾.

Anche tale orientamento conferma la differenza sostanziale tra il destinatario di un provvedimento espresso e colui che può intraprendere la propria attività soltanto a seguito della formazione del silenzio assenso. Questo secondo si troverà infatti in una situazione obiettivamente più instabile e di incertezza⁽⁶⁸⁾ perché esposto all'esame tardivo della propria istanza che potrà portare a un intervento che, ancorché avrà la forma dell'autotutela, nella sostanza avrà i caratteri di un intervento di primo grado. Detto intervento tardivo, impattando su una situazione fattuale ormai delineatasi, avrà conseguenze per l'istante anche nei rapporti con i terzi⁽⁶⁹⁾.

Detta situazione risulta ancor più instabile in ragione del fatto che, come sopra accennato, sussiste un orientamento giurisprudenziale per il quale la presentazione dell'istanza e il decorso del termine di conclusione del procedimento non è di per sé sufficiente alla formazione del silenzio assenso. Ciò nonostante, questi due elementi, a rigore, sono gli unici espressamente previsti dalla legge.

Secondo tale orientamento è necessario, infatti, come visto, che l'istanza presentata sia completa di tutti i requisiti richiesti dalla norma e che quindi sia conforme al paradigma legale di riferimento⁽⁷⁰⁾. In tal caso, quindi, il privato, dopo aver avviato la propria attività, potrebbe sentirsi opporre, a distanza di tempo, la mancata formazione del silenzio assenso a causa dell'incompletezza dell'istanza presentata.

67 In particolare, è stato affermato che l'amministrazione "nell'esercizio del proprio potere di autotutela, è chiamata a ristabilire, sulla base di una prognosi postuma, quell'equilibrio tra confliggenti e/o convergenti interessi pubblici e privati che l'atto illegittimo abbia potuto incrinare o alterare. Ciò, tanto più, quando – come, appunto, nella specie – ogni apprezzamento discrezionale sia per la prima volta compiuto in sede di riesame, per essere mancata, in precedenza, un'attività provvedimentale espressa da parte dell'amministrazione competente e per essersi, quindi, formato, in conseguenza della mera inerzia di quest'ultima il silenzio assenso sull'istanza del privato. Ed invero, l'annullamento d'ufficio del silenzio-assenso presenta necessariamente taluni aspetti peculiari rispetto all'ipotesi ordinaria in cui formi oggetto di intervento in via di autotutela un provvedimento espresso. In particolare, poiché, per definizione, l'assenso tacito costituisce espressione di attività provvedimentale solo in virtù di *factio iuris*, deve necessariamente ritenersi che l'inerente potere di autotutela assorba in sé anche profili valutativi che normalmente ineriscono all'esercizio della funzione amministrativa di primo grado, ma che l'amministrazione non è stata a suo tempo in grado di esercitare. La funzione sollecitatoria a cui si ispira l'istituto del silenzio-assenso non può, infatti, a pena di insanabile contrasto della relativa disciplina legislativa con la sovraordinata fonte costituzionale (art. 97 Cost.), pregiudicare la possibilità di un pieno e ponderato esercizio dell'attività di valutazione e comparazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti dall'esercizio della funzione amministrativa. Pertanto, in sede di annullamento d'ufficio di un silenzio assenso, deve essere restituito integro il potere-dovere di compiere, per la prima volta, quelle valutazioni che a suo tempo l'amministrazione avrebbe potuto e dovuto porre a fondamento dell'esercizio della funzione istituzionale di primo grado ad essa spettante. Correlativamente, è stato reputato legittimo il provvedimento di annullamento d'ufficio del silenzio assenso, ove l'amministrazione, pur senza enucleare specifici profili di illegittimità dell'atto da annullare e specifiche, distinte, ragioni di interesse pubblico giustificanti l'annullamento medesimo, abbia svolto una completa ed approfondita disamina dell'assetto di interessi scaturenti dal provvedimento tacito, in rapporto a quello inerente alla funzione tipica cui è preordinata l'attività amministrativa di primo grado, pervenendo, ove ne abbia riscontrato la dissonanza, alla rimozione dell'assetto ritenuto *contra legem* ed al ripristino di quello risultante conforme all'interesse pubblico da perseguire" (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 10 settembre 2010, n. 17398, richiamata anche da Cons. St., Sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1767). Cfr. G. MARI, *op. cit.*, 176. Sul punto anche E. SCOTTI, *op. cit.*, 685, la quale fa riferimento a decisioni "inclinati a configurare in modo semplificato l'autotutela sul silenzio-assenso sia quanto al dovere di motivazione sia quanto a forme procedurali".

68 M. CALABRÒ, *op. cit.*, 36, secondo il quale "la posizione del cittadino che abbia beneficiato degli effetti di un silenzio assenso si connota di una maggiore fragilità rispetto a colui al quale sia stato rilasciato il provvedimento espresso, essendo, il primo, titolare di un legittimo affidamento "più debole", ed assoggettato all'esercizio di un potere di autotutela "più probabile" e "meno limitato".

69 Si pensi, ad esempio, ai rapporti con l'appaltatore scelto per la realizzazione di una costruzione oggetto di un permesso di costruire che dopo essere stato concesso tacitamente viene rimosso con un successivo intervento in autotutela.

70 È stato infatti statuito che il silenzio assenso si può formare soltanto quando "l'Amministrazione riscontri la sussistenza dei requisiti stabiliti dalla legge" (Cons. St., Sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2218). Sul punto cfr. G. MARI, *op. cit.*, 172, secondo cui detto orientamento consente all'amministrazione di intervenire senza limiti di tempo in quanto l'intervento "va considerato non come atto di annullamento di un provvedimento tacitamente assentito, ma come accertamento negativo della formazione del silenzio assenso sulla relativa istanza".

Al di là della situazione di incertezza che genererebbe, detta impostazione si presta tuttavia a una critica agevole. La completezza e la regolarità dell'istanza rappresentano infatti elementi che l'amministrazione è tenuta a verificare entro il termine di conclusione del procedimento. Se questa non ha adempiuto al proprio dovere, non appare ragionevole far "scontare" detta inadempienza al privato che in questo modo sarebbe esposto non solo al rischio di un intervento in autotutela, peraltro, come visto, in parte privo delle relative garanzie, ma anche all'ulteriore rischio di essere "accusato" di aver intrapreso un'attività *sine titulo* a causa della mancata formazione del silenzio assenso.

Alle criticità di cui sopra occorre aggiungere anche un ulteriore aspetto che, seppur più strettamente pratico, risulta non per questo meno rilevante. A seguito della formazione del silenzio assenso un privato sa di avere la possibilità di avviare la propria attività, ma non ha tuttavia alcun provvedimento formale che la legge richiede.

Questo può far sorgere problemi di carattere pratico sia nei rapporti con i terzi, sia in caso di eventuali controlli o verifiche. Questi ultimi sono infatti agevolati dalla presenza di un provvedimento espresso favorevole e resi invece più complessi nel caso del silenzio assenso.

Se nel primo caso è infatti sufficiente esibire un documento, nel secondo, il privato è tenuto a dimostrare la trasmissione dell'istanza, nonché a fronte della giurisprudenza di cui sopra, la sua completezza e regolarità, la ricezione della stessa, il decorso del termine di conclusione del procedimento, nonché il fatto che la materia oggetto dell'istanza rientra tra quelle in cui opera il silenzio assenso.

In definitiva, in conseguenza di un inadempimento dell'amministrazione il privato vede aumentare i propri adempimenti per buona pace dei principi di lealtà e collaborazione di cui all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo.

6. I tentativi di "salvare" il silenzio assenso.

Anche grazie agli approfondimenti della dottrina sono emersi quindi i limiti del silenzio assenso sopra descritti e la situazione di incertezza che esso comporta⁽⁷¹⁾.

Per questo, come visto, il legislatore, nel corso degli anni, anche di recente, è più volte intervenuto sulla disciplina introducendo strumenti e previsioni volti a rafforzare la sua operatività e a porre rimedio alle criticità sopra delineate⁽⁷²⁾.

Il legislatore ha infatti dimostrato una certa convinzione nel voler sostenere tale istituto quale strumento in attuazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa volto a superare l'eccessivo "dirigismo burocratico"⁽⁷³⁾.

Detti interventi, in realtà, da un lato, non sembrano aver risolto i problemi connessi all'istituto, dall'altro lato, dimostrano la scarsa capacità del legislatore di prendere coscienza dell'inefficacia dello strumento e di analizzare soluzioni alternative.

Come visto, il legislatore, dopo aver qualificato il silenzio assenso come regola generale nei procedimenti a istanza di parte e dopo aver, per ragioni di certezza, previsto un elenco dei procedimenti in cui esso opera, nel 2020, ha inserito il comma 8-*bis* all'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale ha espressamente qualificato come

71 F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, 268, secondo il quale l'istituto è stato criticato dalla dottrina in quanto "esso potrebbe coprire una inerzia assoluta dell'amministrazione o una mancata valutazione degli interessi e, in ogni caso, non soddisfa l'esigenza di certezza da parte del soggetto privato (vi è un maggior rischio: che la pubblica amministrazione intervenga in autotutela ex post o che successivamente intervenga il giudice penale)".

72 P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 77, secondo cui "l'istituto del silenzio-assenso ha ricevuto anche di recente ulteriori, ennesimi ritocchi, intesi, evidentemente, a renderlo (infine) efficace".

73 G. MARI, *op. cit.*, 169, secondo la quale il principio del buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione va "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 dirigismo burocratico"; "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)".

inefficaci gli atti adottati a seguito del decorso del termine di conclusione del procedimento.

La misura è volta a evitare l'adozione di provvedimenti tardivi di primo grado e fare in modo quindi che l'amministrazione, dopo la formazione del silenzio assenso, possa intervenire soltanto in autotutela. La previsione sembrerebbe avvalorare l'orientamento secondo il quale anche nelle ipotesi di silenzio assenso sussiste il dovere dell'amministrazione di provvedere e quello per il quale il decorso del termine di conclusione del procedimento comporta la consumazione del potere.

La disposizione potrebbe inoltre rappresentare un argomento per porre un freno a quell'orientamento giurisprudenziale sopra citato secondo il quale il solo decorso del termine di conclusione del procedimento non comporta la formazione del silenzio assenso se l'istanza non era conforme al paradigma legale.

Se è vero che in questo caso la giurisprudenza ha escluso la configurabilità del silenzio assenso, il nuovo comma 8-*bis* dell'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo collega l'inefficacia del provvedimento tardivo non alla formazione del silenzio assenso, ma piuttosto al solo decorso del termine di conclusione del procedimento. In altri termini, a prescindere dal fatto che l'istanza fosse o meno conforme al paradigma legale, l'amministrazione non può comunque più adottare un provvedimento tardivo in quanto lo stesso sarebbe inefficace.

Inoltre, se, seguendo detto indirizzo giurisprudenziale, l'incompletezza della domanda esclude la formazione del silenzio assenso e se, in ragione della nuova disposizione, l'amministrazione non può comunque più adottare un provvedimento di primo grado, le conseguenze (alternative) sarebbero due: o il privato può avviare l'attività *sine titolo*, o lo stesso non può avviare alcuna attività.

È chiaro come entrambe le conseguenze non possano rappresentare l'intenzione del legislatore il quale, da un lato, non può consentire l'avvio di attività senza titolo nell'ambito di materie non liberalizzate, dall'altro lato, impedire *in toto* l'avvio di attività dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento si porrebbe in contrasto con la stessa *ratio* sottesa al silenzio assenso volta a sanzionare l'inerzia dell'amministrazione.

In ogni caso, con riferimento alla nuova disposizione, pur prescindendo da giudizi legati al fatto che essa ha previsto una conseguenza (quella dell'inefficacia) non configurabile come una categoria dogmatica autonoma⁽⁷⁴⁾, la stessa non sembra comunque aver risolto quello che è, come visto, il principale problema tra quelli sopra delineati. L'amministrazione potrebbe sempre intervenire in autotutela con provvedimenti che, secondo l'orientamento sopra riportato, nella sostanza rappresentano atti di primo grado privi di tutte le garanzie e i requisiti previsti per l'autotutela.

Come visto, il silenzio assenso comporta anche delle problematiche in termini di certezza nei rapporti con i terzi, anche in caso di controlli, a causa dell'assenza di un provvedimento espresso che dimostri l'assenso dell'amministrazione.

Per cercare di sopperire a quest'ultima esigenza, nel 2021, il legislatore ha inserito il comma 2-*bis* dell'art. 20 della legge n. 241/1990 il quale prevede l'obbligo dell'amministrazione di rilasciare, su richiesta del privato, una attestazione di avvenuto decorso del termine di conclusione del procedimento e quindi di formazione del silenzio assenso.

La *ratio* è evidente, ossia quella di far ottenere al privato un documento di provenienza dell'amministrazione che possa essere fatto valere nei rapporti con i terzi.

Questo, indubbiamente lodevole, obiettivo si scontra tuttavia con l'origine del

⁷⁴ M. MACCHIA, *op. cit.*, 181, secondo il quale "nel nostro ordinamento, in termini di teoria generale, l'inefficacia non risulta essere una categoria dogmatica a sé stante, ma è configurabile unicamente come una conseguenza in termini di perdita della capacità di produrre effetti conseguente all'accertamento di una serie di cause di invalidità o fattispecie tipicamente previste (nullità, annullabilità, simulazione, risoluzione, etc.)".

problema. Il privato non ha infatti a disposizione un provvedimento di provenienza dell'amministrazione per il fatto che quest'ultima ha già violato un proprio dovere ossia quello di concludere il procedimento con un provvedimento espresso. Non è quindi chiara la ragione per la quale la stessa amministrazione dovrebbe invece adempiere a questo secondo nuovo obbligo ossia di rilasciare l'attestazione di avvenuto decorso del termine.

Se, infatti, come è immaginabile, l'amministrazione non ha provveduto sull'istanza originaria per motivi organizzativi o strutturali (es. carenza di organico o eccessivo sovraccarico di lavoro) e non certo intenzionalmente, è chiaro come tale previsione non farebbe altro che peggiorare la situazione degli uffici pubblici che si troverebbero così a dover evadere non solo le istanze originarie, ma anche le successive richieste di attestazione di decorso del termine.

Una conseguenza facilmente immaginabile e che forse è stata ipotizzata anche dallo stesso legislatore del 2021 che ha previsto infatti una misura volta a porvi rimedio. Si è previsto infatti che, decorsi dieci giorni dalla richiesta di attestazione, il privato può autodichiarare il decorso del termine di conclusione del procedimento sostituendo così l'attestazione che doveva essere rilasciata dall'amministrazione.

Sul punto conviene svolgere alcune considerazioni. Anzitutto ci si domanda il motivo per il quale non si stato concesso già in prima battuta al privato di attestare il decorso del termine senza onerare lo stesso di presentare un'ulteriore istanza per dare, per così dire, una seconda *chance* all'amministrazione già inadempiente. Ma soprattutto, se l'esigenza del privato era quella di avere un documento di provenienza dell'amministrazione da far valere nei confronti dei terzi, ci si domanda se una simile esigenza possa essere soddisfatta da una autodichiarazione redatta dallo stesso privato.

Alla fine di tutto quest'ultimo continuerà a non avere alcun documento dall'amministrazione, ma soltanto una propria autodichiarazione che verosimilmente non soddisfa le esigenze di certezza sopra rappresentate. Se infatti nei rapporti con i terzi non era sufficiente la dimostrazione della formazione del silenzio assenso non si comprende come possa esserlo una dichiarazione proveniente dallo stesso soggetto che ha presentato l'istanza originaria.

Peraltro, seguendo l'orientamento giurisprudenziale per il quale la formazione del silenzio assenso presuppone tutti i requisiti di legge, un privato che in buona fede ne attesta la sua formazione rischia addirittura di rendere una dichiarazione falsa con conseguenze, anche penali, ove poi dovesse essere accertata l'insussistenza di uno dei requisiti di legge⁽⁷⁵⁾.

Oltre alle conseguenze di cui sopra, non può infine non essere considerato il fatto che il silenzio assenso comporta di fatto un arretramento del potere pubblico che a causa della sua inefficienza rinuncia al suo dovere di controllo e di accertamento di compatibilità con l'interesse pubblico delle istanze dei privati⁽⁷⁶⁾. Queste si considerano

75 M. A. SANDULLI, *op. cit.*, 11, secondo cui se le sentenze del giudice amministrativo continueranno "ad affermare che il titolo implicito si forma solo in presenza dei requisiti di legge — se riterranno che nella specie tali requisiti non sussistevano, saranno purtroppo pronte a dire che l'interessato che, pur in buona fede, ha dichiarato la formazione del silenzio assenso, non soltanto ha avviato e svolto un'attività sine titolo, ma ha anche reso una dichiarazione "falsa o mendace", esponendosi a tutte le conseguenze a ciò correlate".

76 M. CLARICH, *op. cit.*, 249, secondo il quale l'amministrazione "abdicò così al proprio ruolo di cura dell'interesse pubblico". Sul punto vedi anche A. TRAVI, *op. cit.*, 253, per il quale l'istituto "in definitiva, privilegia l'interesse del richiedente rispetto agli interessi degli altri soggetti coinvolti". Cfr. anche P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 77, secondo il quale "l'unico effetto certo e immediato del silenzio-assenso, infatti, dal lato dell'interesse pubblico, è il danno o la distruzione irrimediabile del bene comune, che resta esposto all'intervento di trasformazione diviso dal privato, ancorché non consentito dal regime giuridico sostanziale vigente".

infatti accolte senza alcuna forma di reale accertamento⁽⁷⁷⁾. In altri termini l'esigenza di una ponderazione tra gli effetti coinvolti è "sacrificata" di fronte all'esigenza di garantire la "rapidità del traffico giuridico"⁽⁷⁸⁾.

Ciò che può certamente rappresentare un *vulnus* nell'attività c.d. vincolata dove l'amministrazione è tenuta soltanto a verificare la sussistenza dei presupposti di legge, diventa invece difficilmente accettabile in materie caratterizzate da discrezionalità amministrativa⁽⁷⁹⁾. E infatti la stessa Corte costituzionale ha censurato le ipotesi di silenzio assenso in procedimenti caratterizzati da elevata discrezionalità⁽⁸⁰⁾.

Inoltre, come è stato rilevato, il silenzio assenso comporta il venire meno dell'obbligo di motivazione e introduce elementi di opacità in un procedimento, quello amministrativo, che di contro dovrebbe essere caratterizzato, per legge, dalla trasparenza⁽⁸¹⁾.

Anche a livello europeo è stata infatti rilevata la preoccupazione che forme di silenzio assenso determinino il rischio che non venga svolta una completa attività istrutto-

77 Anche la dottrina di altri Paesi come quello francese ha rilevato tali rischi. Sul punto V. DE FALCO, *op. cit.*, 156, secondo il quale "l'idea affermata diffusamente ha considerato il silenzio assenso come una vera e propria minaccia al corretto esercizio della funzione pubblica, che avrebbe determinato ampliamenti nelle sfere soggettive dei richiedenti senza che, attraverso provvedimenti espressi, l'autorità amministrativa avrebbero potuto precisare condizioni, limiti, ecc., conformare cioè l'esercizio delle attività sottoposte ad autorizzazioni preventive".

78 M. CORRADINO, *op. cit.*, 701.

79 A. TRAVI, *op. cit.*, 253, secondo il quale "sembra discutibile l'introduzione del silenzio-assenso in un ambito rispetto al quale è stato ritenuto essenziale garantire all'amministrazione un potere di apprezzamento e di scelta fra i vari interessi, secondo i criteri della discrezionalità". Anche secondo B. G. MATTARELLA, *Il Provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 347, il silenzio assenso è maggiormente adatto nei "procedimenti a iniziativa di parte, nei quali la discrezionalità dell'amministrazione è assente o molto limitata e il provvedimento amministrativo ha essenzialmente una funzione di controllo in ordine alla sussistenza dei presupposti richiesti dalle norme per la produzione di un certo effetto giuridico". Sul punto R. GALLI, *op. cit.*, 490, secondo il quale "la scelta discrezionale rende necessario lo svolgimento di un regolare «iter» procedimentale che non può subire semplificazioni". Cfr. anche E. SCOTTI, *op. cit.*, 665, la quale fa riferimento alla "idea di una riserva di funzione amministrativa intesa come riserva di valutazione discrezionale che, effettivamente, se intesa nel suo massimo rigore dovrebbe condurre ad escludere meccanismi di semplificazione ogni qual volta sia presente un sia pur minimo spazio di discrezionalità, vale a dire di autonomia dell'amministrazione". Tuttavia, sembrerebbe essere prevalsa "l'idea che sussista una, sia pur relativa, compatibilità tra silenzio-assenso e discrezionalità".

80 Corte cost., 19 ottobre 1992, n. 393 la quale ha chiarito l'incompatibilità del meccanismo del silenzio assenso in materia di approvazione di strumenti urbanistici. La sentenza è stata richiamata da una successiva decisione della stessa Corte costituzionale la quale ha affermato che "Il problema della possibilità del silenzio-assenso in sede di approvazione di questo strumento urbanistico è stato già negativamente risolto dalla menzionata sentenza n. 393 del 1992 di questa Corte che ha dichiarato incostituzionale, anche in riferimento agli articoli 3 e 97 della Costituzione, la previsione di esso contenuta nel comma 4 dell'art. 16 della legge n. 179 del 1992, più volte richiamato. La decisione della Corte ha rimarcato "Irrazionalità e il contrasto della normativa... con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, considerata anche la... mancanza del diversificato contributo degli organi ed uffici competenti in base alle norme generali". È implicito nella decisione della Corte che il silenzio-assenso e comunque i tempi tecnici assegnati alla regione impediscono un esame puntuale e dettagliato del programma, che, tra l'altro, è sottoposto alla sua approvazione proprio e soltanto se in variante agli strumenti urbanistici. In base al sistema - è questo il significato sotteso alla richiamata sentenza n. 393 del 1992 - la previsione del silenzio-assenso può ritenersi ammissibile in riferimento ad attività amministrative nelle quali sia pressoché assente il tasso di discrezionalità, mentre la trasposizione di tale modello nei procedimenti ad elevata discrezionalità, primi tra tutti quelli della pianificazione e programmazione territoriale, finisce per incidere sull'essenza stessa della competenza regionale" (Corte cost., 27 luglio 1995, n. 408). In continuità con detto orientamento è stato poi affermato che "La illegittimità della previsione del silenzio-assenso in materia di pianificazione (non meramente attuativa e esecutiva) urbanistico-territoriale ed il conseguente venir meno di detto istituto nella normativa statale, per effetto della sentenza n. 393 del 1992, consente - come affermato nella sentenza n. 408 del 1995 - di ritenere attualmente vigente nella legge statale in materia, un principio fondamentale opposto, che considera indispensabile una valutazione esplicita da parte degli organi regionali nei procedimenti che necessitano del diversificato contributo degli organi e uffici competenti coinvolti nella procedura" (Corte cost., 12 febbraio 1996, n. 26).

81 P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 77. Sul punto cfr. anche V. DE FALCO, *op. cit.*, 155, secondo il quale "l'istituto del silenzio assenso presenta quasi costantemente le stesse problematiche, soprattutto quando sussistono elementi di fatto che inducano a considerare espressamente gli aspetti di natura pubblicistica, e la concessione tacita di un provvedimento non appaia affatto opportuna. Allo stesso modo, sono costantemente presenti le difficoltà di garantire i terzi contro-interessati rispetto a un provvedimento tacito. Ma vi è poi il problema della motivazione obbligatoria, della rimozione degli effetti attraverso procedimenti di secondo grado, ecc."

ria e quindi una adeguata ponderazione degli interessi coinvolti⁽⁸²⁾.

Inoltre, è stato rilevato come il silenzio assenso non determini nemmeno una responsabilizzazione dei funzionari, i quali, al contrario, potrebbero sentirsi “coperti” dall’effetto di accoglimento previsto dalla legge ed evitare di esporsi direttamente. Pertanto, il silenzio assenso rischia anche di favorire la c.d. fuga dalla firma⁽⁸³⁾.

7. I rimedi “avverso” il silenzio assenso.

È quindi evidente la peculiarità della posizione del privato destinatario di un provvedimento tacito di assenso. Egli può infatti legittimamente avviare l’attività oggetto della sua istanza, ma sa tuttavia di trovarsi in una situazione di incertezza e di indubbia instabilità.

Per tali ragioni, lo stesso potrebbe avere un interesse a ottenere il rilascio di un provvedimento espresso da parte dell’amministrazione sia esso di accoglimento sia di rigetto⁽⁸⁴⁾.

È utile quindi verificare se l’ordinamento preveda degli strumenti, anche giurisdizionali, per tutelare questo suo interesse.

Se un soggetto leso da un provvedimento tacito di assenso potrà certamente impugnarlo dinanzi al giudice amministrativo per chiederne l’annullamento, una simile possibilità non potrà naturalmente essere invece riconosciuta al destinatario dello stesso provvedimento. Trattandosi infatti di un provvedimento favorevole egli, non avendo subito alcuna lesione, non avrebbe alcun interesse alla proposizione dell’azione.

Si potrebbe immaginare la possibilità per quest’ultimo di esperire un’azione di mero accertamento, volta a chiedere al giudice di accertare la formazione del silenzio assenso e quindi del provvedimento tacito favorevole⁽⁸⁵⁾.

Si tratta tuttavia di un’azione che non appare risolutiva in quanto il privato continuerà a non avere alcun atto di provenienza dell’amministrazione e resterà in ogni caso salvo il potere di quest’ultima di intervenire tardivamente con le forme dell’autotutela.

82 In particolare, è stato riconosciuto che “un’ autorizzazione tacita non può considerarsi compatibile con le prescrizioni della direttiva, tanto più che, come la Commissione ha osservato, una siffatta autorizzazione non consente la realizzazione di indagini preliminari né di indagini successive e di controlli. Ne viene che la normativa nazionale non attua la direttiva con la precisione e la chiarezza prescritte per conformarsi pienamente al principio della certezza del diritto” (Corte giust. UE, 28 febbraio 1991, C-360/87). Sul punto cfr. anche D. SORACE, *op. cit.*, 429 nonché G. MARI, *op. cit.*, 178 ss.

83 P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 77, per il quale “i funzionari, che preferiscono essere “coperti” dalla finzione di legge del silenzio-assenso per non doversi prendere neanche il rischio di scrivere e sottoscrivere (“mettendoci la faccia”) un provvedimento favorevole illegittimo (in mancanza di requisiti e presupposti); il silenzio-assenso favorisce, dunque, il fenomeno della così detta “fuga dalla firma”.

84 Altri ordinamenti non hanno introdotto sistemi di silenzio assenso, ma piuttosto previsto meccanismi per costringere l’amministrazione ad adempiere. Sul punto cfr. V. DE FALCO, *op. cit.*, 152, secondo il quale “In Svezia, non si tende, di norma, ad attribuire alcun effetto al silenzio della pubblica amministrazione, così come nella maggior parte dei Paesi di common law, dove si preferisce ipotizzare strumenti per costringere l’amministrazione ad adottare il provvedimento finale, o a risarcire i danni provocati dall’inerzia amministrativa”.

85 Sull’ammissibilità dell’azione di accertamento in materia di silenzio assenso cfr. E. SCOTTI, *op. cit.*, 692. In giurisprudenza è stato affermato che “in materia affidata alla giurisdizione esclusiva, l’azione diretta ad accertare la formazione del silenzio assenso possa essere ammessa per garantire effettività della tutela (cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 15 aprile 2010 n. 2139, in merito all’azione di accertamento dell’inesistenza dei presupposti della d.i.a.) di chi abbia un interesse qualificato ad ottenere una sentenza dichiarativa che possa tener luogo nei rapporti con terzi del titolo che si assume l’amministrazione abbia omissa di emanare. Appare infatti soluzione che richiede manovre di evidente artificialità quella secondo cui l’interessato, non potendo chiedere l’accertamento della sua posizione, dovrebbe invece attivarsi per provocare provvedimenti che disconoscano la formazione dell’assenso tacito da poter impugnare in un ordinario giudizio di annullamento. Lart. 24 Cost. esprime al contrario l’esigenza secondo cui “occorre ... che la tutela assicuri in modo specifico l’attuazione della pretesa sostanziale”, cosicché “anche per gli interessi legittimi la garanzia costituzionale impone di riconoscere l’esperibilità dell’azione di accertamento autonomo di questa posizione sostanziale, almeno in tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti necessaria per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente” (Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, ancora in tema di D.I.A.)” (TAR Abruzzo, L’Aquila, Sez. I, 25 febbraio 2011, n. 100).

Il destinatario del silenzio assenso non potrà poi esperire la c.d. azione avverso il silenzio prevista dal codice del processo amministrativo⁽⁸⁶⁾. Quest'ultima, infatti, è lo strumento previsto avverso le forme di silenzio inadempimento ossia il silenzio non significativo dal quale quindi non deriva alcun provvedimento tacito, né di assenso, né di rigetto⁽⁸⁷⁾. In questi casi il privato può chiedere al giudice di accertare l'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione e la condanna della stessa a provvedere oltre alla nomina di un commissario *ad acta* in caso di perdurante inerzia.

L'azione presuppone quindi un'inerzia dell'amministrazione alla quale l'ordinamento non fa corrispondere alcun significato ed è quindi incompatibile con le ipotesi di silenzio assenso⁽⁸⁸⁾. Sussiste tutt'al più un orientamento giurisprudenziale che consente al privato di richiedere il rilascio di un atto meramente ricognitivo in merito alla formazione del silenzio assenso⁽⁸⁹⁾.

In definitiva l'ordinamento non riconosce al destinatario del silenzio assenso una azione giurisdizionale da esperire per chiedere la condanna dell'amministrazione a provvedere e, del resto, ciò risulta coerente con la *ratio* alla base dell'istituto.

Il presupposto per adire il giudice amministrativo è infatti la lesione di chi agisce e ciò non sussiste nel caso del silenzio assenso dove il privato è comunque destinatario di un provvedimento favorevole.

Per tali ragioni è possibile ritenere che l'interesse del privato ad avere un provvedimento espresso anche dopo la formazione del silenzio assenso debba essere qualificato tutt'al più come interesse di mero fatto non tutelabile giudizialmente.

L'inesistenza di strumenti che possano soddisfare l'interesse del privato ad avere un provvedimento espresso ha portato la dottrina a interrogarsi su possibili soluzioni per porre rimedio a una simile lacuna.

È stata così ipotizzata la possibilità di consentire al privato di scegliere, magari al momento della presentazione dell'istanza, se avvalersi o meno dell'istituto del silenzio assenso, il quale diverrebbe così uno strumento opzionale a scelta del privato⁽⁹⁰⁾.

In questo modo se il privato non acconsente, o meglio, dichiara di non volersi avvalere del silenzio assenso, l'inerzia dell'amministrazione non produrrà l'accoglimento dell'istanza, ma sarà riconducibile a una ipotesi di silenzio inadempimento. Così il privato non potrà avviare la propria attività, ma potrà tuttavia ricorrere al giudice am-

86 M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2023, p. 198, secondo il quale l'azione avverso il silenzio costituisce "lo strumento tradizionale per la tutela degli interessi legittimi pretensivi in presenza di un comportamento inerte della pubblica amministrazione". Cfr. anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 215.

87 G. MARI, *op. cit.*, 175, secondo cui risulta prevalente la tesi dell'inammissibilità del rimedio "dal momento che l'oggetto del giudizio speciale è costituito dall'inerzia della P.A. non diversamente qualificata dalla legge".

88 Secondo la giurisprudenza, infatti, il "rimedio processuale, funzionale ad una condanna dell'amministrazione a provvedere, non si attaglia all'ipotesi del silenzio significativo, in cui il problema dell'inerzia è risolto a monte dal legislatore con l'attribuzione di una valenza attizia, favorevole o contraria agli interessi del privato, contro la quale sono proponibili gli ordinari strumenti di impugnazione" (Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1469). Sul punto E. SCOTTI, *op. cit.*, 694, secondo la quale "a fronte di un effetto *ex lege* di accoglimento della domanda, nonostante il comportamento inerte della P.A., non si verifica quella situazione di inadempimento che l'azione *ex art. 31 c.p.a.* tende a rimuovere".

89 In particolare, "va riconosciuto che le esigenze di trasparenza, certezza e buona amministrazione sancite dalla L. n. 241 del 1990, postulano che l'Amministrazione non possa certamente rimanere inerte a fronte della diffida presentata dall'odierna ricorrente e debba invece pronunciarsi espressamente su di essa. Resta inteso che l'Amministrazione potrà pronunciarsi in senso positivo, rilasciando il richiesto titolo in forma cartacea ricognitivo del permesso di costruire già assentito "per silentium", ove ritenga sussistenti i relativi presupposti" (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 16 maggio 2016, n. 5789).

90 M. CALABRÒ, *op. cit.*, 36, secondo cui "Tale risultato lo si potrebbe agevolmente conseguire, de iure condendo, attraverso una modifica dell'art. 20 della l.n. 241/1990, volta a qualificare il silenzio assenso come istituto a carattere facoltativo: se il privato dovesse ritenere il modello decisionale per silentium potenzialmente lesivo dei propri interessi, egli dovrebbe essere messo nelle condizioni di poter dichiarare *ab initio* (ovvero al momento della presentazione dell'istanza) di non optare per il regime del silenzio significativo, preferendo, piuttosto, beneficiare del diverso rimedio all'inerzia rappresentato dal rito speciale in materia di silenzio".

ministrativo attraverso il rito avverso il silenzio e chiedere l'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione e la condanna della stessa a provvedere, anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*.

Si tratta di una scelta che certamente potrebbe allungare i tempi per il privato, il quale tuttavia all'esito dell'*iter*, anche eventualmente giudiziario, riuscirebbe a conseguire un provvedimento espresso e così una situazione di maggiore certezza. Peraltro, è possibile che già la presentazione del ricorso possa in qualche modo sollecitare l'amministrazione la quale potrebbe essere portata a adempiere anche per evitare condanne alle spese.

Tale soluzione naturalmente necessita di un intervento normativo che introduca la facoltà del privato di poter rinunciare al silenzio assenso, ciò al fine di consentire allo stesso di valutare autonomamente se avvalersi o meno di tale istituto. Egli potrà infatti scegliere se prediligere esigenze di celerità o di certezza. Nel primo caso potrebbe essere portato ad avvalersi del provvedimento tacito, nel secondo, ad attendere il conseguimento di un provvedimento espresso, se del caso anche dopo il ricorso al giudice amministrativo.

Si tratta di una valutazione che invece, al momento, è stata già eseguita dal legislatore il quale ha ritenuto preferibile prediligere le esigenze di celerità, senza tuttavia considerare le conseguenze sopra descritte.

Quella sopra prospettata è una soluzione che se certamente da un lato riconosce uno strumento, o quanto meno una facoltà di scelta, al privato (non inadempiente), dall'altro lato, rischia di porsi in contrasto con la stessa *ratio* sottesa al silenzio assenso.

Quest'ultimo, infatti, come visto, è volto a snellire, semplificare e velocizzare il procedimento amministrativo facendo in modo che dopo il decorso del termine di conclusione del procedimento si producano gli effetti di un provvedimento di accoglimento.

Se così è, consentire al privato di rifiutare questo effetto significherebbe, da un lato, non snellire l'*iter* procedimentale, dall'altro lato, rischiare l'avvio di ulteriori contenziosi avverso il silenzio, contenziosi che, di contro, l'istituto del silenzio assenso intende invece evitare stante anche la loro rilevanza in termini di carico giudiziario⁽⁹¹⁾.

8. Conclusioni e possibili soluzioni innovative.

Il silenzio assenso, un istituto introdotto per semplificare e velocizzare i procedimenti amministrativi, è divenuta una misura che, anche a seguito dei diversi interventi normativi susseguitisi nel corso degli anni, sembra destinata a non raggiungere il proprio obiettivo⁽⁹²⁾.

Il privato si trova infatti nella possibilità sì di avviare un'attività, ma senza un provvedimento espresso, con il rischio che l'amministrazione contesti anche a distanza di tempo la formazione del silenzio assenso, che la stessa intervenga in autotutela anche in assenza di tutti i requisiti e con la difficoltà di provare nei rapporti con i terzi l'esistenza del provvedimento favorevole.

Una situazione di profonda incertezza e di instabilità dalla quale il privato non ha tuttavia modo per uscire. Egli non può infatti ricorrere al giudice per ottenere un provvedimento che formalmente già possiede.

Lo stesso si trova quindi a dover sperare che il provvedimento tacito acquisito non venga tardivamente rimesso in discussione dall'amministrazione.

91 In occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario la Relazione del Presidente del TAR Lazio del 3 marzo 2023 ha riportato alcuni dati, tra i quali il numero dei ricorsi proposti nell'anno 2021 classificati per materia. Tra queste, quella con il maggior numero di ricorsi è la materia del "silenzio della pubblica amministrazione" con 3.395 ricorsi su un totale di 13.953, ossia il 24,33%.

92 P. CARPENTIERI, *op. cit.*, 77, secondo cui il silenzio assenso costituisce "un ferro vecchio ormai inutile, un residuo del passato che ha ampiamente fatto il suo tempo e che davvero non si comprende perché il legislatore si ostini ancora a voler rimettere in piedi, a voler rivitalizzare, con una sorta di accanimento terapeutico riguardo a questo istituto, che è stato sopravvalutato nel passato".

Emergono quindi tutti i limiti insuperabili del silenzio assenso, il quale muove da una finzione di base che pregiudica l'efficacia dell'istituto. Un'amministrazione che non riscontra un'istanza non è un'amministrazione che per esigenze di semplificazione sceglie di non adottare il provvedimento finale contando sul fatto che il privato avrà comunque il bene della vita richiesto. Un'amministrazione che non risponde è semplicemente un'amministrazione inadempiente che non ha esaminato l'istanza (o che non ha concluso il suo esame nei tempi previsti) e che quando lo farà, ancorché tardivamente, interverrà, se necessario anche con le forme dell'autotutela, impattando tuttavia su una situazione fattuale legittimamente creatasi.

Del resto, conviene ribadirlo, quelle in cui opera il silenzio assenso sono materie non liberalizzate e sulle quali quindi risulta necessario un provvedimento favorevole dell'amministrazione.

Ed è proprio questa la problematica principale connessa al silenzio assenso, quest'ultimo di fatto consente, in materie non liberalizzate, l'avvio di attività senza alcun provvedimento favorevole e senza alcun controllo e valutazione da parte dell'amministrazione. Tuttavia, anche dopo la formazione del silenzio assenso, la materia resta comunque non liberalizzata e ciò giustifica quindi l'eventuale successivo intervento pubblico.

E così, dopo i diversi orientamenti giurisprudenziali formati e gli interventi normativi (anche recenti) susseguitisi nel tempo e che non hanno risolto le criticità dell'istituto è forse giunto il momento di iniziare a metterlo in discussione prendendo atto della sua incapacità di risolvere il problema dell'inerzia dell'amministrazione e cercare soluzioni alternative anziché proseguire con continue modifiche⁽⁹³⁾.

Per non incorrere nelle stesse criticità del silenzio assenso le alternative devono partire anzitutto da un'attenta analisi del problema.

Se l'amministrazione non riscontra tempestivamente le istanze presentate è perché essa non riesce a farlo. Anziché inventare meccanismi che trasformino questa patologia in fisiologia, è necessario implementare l'operatività dell'amministrazione, potenziandone le risorse.

La strada tradizionale è naturalmente quella dell'incremento del capitale umano aumentando il numero dei dipendenti pubblici che possano istruire ed evadere le istanze presentate. Detta soluzione, al di là degli inevitabili costi, creerebbe problematiche anche a livello organizzativo e strutturale.

Escluso l'aumento delle risorse umane è possibile immaginare un incremento di quelle materiali e strumentali, ma anche queste necessitano di personale che le utilizzino.

L'alternativa sarebbe quindi data da strumenti che possano sostituire il funzionario persona fisica e che non necessitino del suo continuo e costante controllo⁽⁹⁴⁾.

In tale contesto è di strettissima attualità il dibattito sull'intelligenza artificiale sempre più utilizzata in diversi settori della nostra vita quotidiana.

Si tratta di una forma di tecnologia del tutto diversa rispetto a quella tradizionale la quale necessita infatti dell'intervento dell'uomo senza cui ha una limitata operatività.

L'intelligenza artificiale (IA) simula invece i processi di apprendimento mentali dell'uomo, è una tecnologia che quindi impara dalle proprie operazioni il che le con-

93 M. MACCHIA, *op. cit.*, 174, secondo il quale "Si conferma di base l'idea che lo stallo amministrativo possa essere superato quasi unicamente con rimedi di semplificazione o sottrazione ossia strumenti che con il comando della legge – come fosse una bacchetta magica – trasformano la natura delle cose. Fanno diventare un'inerzia un assenso. Una dichiarazione del privato un provvedimento dell'amministrazione. Una richiesta di parere un parere dato".

94 S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 1, 2020, 141, secondo il quale "È in corso una rivoluzione non solo tecnologica e scientifica, ma anche sociale. Al posto degli stabilimenti industriali vi sono le «global value chains». Alla catena di montaggio lavorano robot. L'intelligenza artificiale sostituisce quella naturale. Figure professionali tradizionali scompaiono e ne appaiono di nuove. Agli scienziati è richiesto di uscire dalle loro torri d'avorio perché il progresso attraversa le barriere disciplinari. Alle amministrazioni pubbliche è richiesto di non restare estranee da questo processo, anzi di farsene protagoniste".

sente di migliorarsi e di svolgere funzioni al posto dell'uomo.

Il suo uso è in progressivo e costante aumento ormai da qualche anno, anche grazie allo “*sprint tecnologico*” dovuto agli anni della pandemia e le sue potenzialità sono in continua evoluzione.

Essa è in realtà già presente in programmi che quotidianamente usiamo e che ci “suggeriscono” alcuni contenuti (ad esempio musicali) sulla base delle nostre precedenti utilizzazioni.

In altri termini, l'IA impara le nostre preferenze e sulla base di queste ci ripropone altri contenuti che secondo essa potremmo apprezzare. Simili meccanismi sono presenti anche nei motori di ricerca, nei traduttori automatici, nelle piattaforme di *e-commerce*, nei sistemi di riconoscimento facciale e negli assistenti vocali installati nei comuni *smartphone*⁽⁹⁵⁾.

Questa nuova tecnologia è quindi inevitabilmente destinata a essere sempre più presente nella nostra vita ed è pertanto necessario analizzarla anche per sfruttarne le potenzialità. Se questa è infatti in grado di sostituire il lavoro, anche intellettuale dell'uomo, è possibile immaginare un sistema in cui sia direttamente una macchina dotata di intelligenza artificiale a adottare un provvedimento amministrativo a seguito di una richiesta del privato.

Naturalmente sarà necessario prevedere sempre la possibilità per il funzionario persona fisica di controllare l'operato della macchina e intervenire in caso di errori. Quest'ultimo si troverà tuttavia a svolgere un lavoro assai diverso e certamente meno gravoso rispetto a quello attuale.

Egli si troverà infatti a verificare la correttezza di un lavoro già svolto peraltro da un sistema in grado di elaborare una quantità di informazioni e dati non paragonabili a quelli che possono essere elaborati dalla mente umana.

L'IA ha infatti la possibilità di immagazzinare e quindi lavorare milioni di dati e informazioni, attraverso cui imparare e migliorarsi, operazioni evidentemente non sostenibili per la mente umana.

Peraltro, una macchina, nell'elaborazione delle risposte, non sarebbe nemmeno sottoposta alle variabili umane quali l'umore o la stanchezza e anche per questo potrebbe garantire una certa coerenza e uniformità degli esiti.

Una simile indagine necessita anzitutto di analizzare le possibilità degli attuali sistemi di IA, le problematiche al momento esistenti⁽⁹⁶⁾ e le potenzialità future, tenendo

95 Per dimostrare le potenzialità di tali sistemi, un noto quotidiano nazionale nel 2023 ha pubblicato settimanalmente sulle proprie edizioni un articolo redatto da un sistema di intelligenza artificiale, senza indicare quale fosse e sfidando i propri lettori a individuarlo. Si tratta in particolare de Il Foglio Quotidiano, progetto “*Chat GPT sul Foglio: per 30 giorni piccoli testi scritti dall'IA sul nostro giornale*”, Marzo 2023.

96 I sistemi attuali di intelligenza artificiali, infatti, non consentono di conoscere le ragioni sottese alla decisione presa (c.d. *black box*) e di partecipare ai procedimenti amministrativi; sussistono inoltre rischi di c.d. discriminazione algoritmica. Si tratta quindi di problematiche temporanee connesse al livello di tecnologia degli attuali sistemi di intelligenza artificiale e, dunque superabili, quando questa, verosimilmente già nei prossimi anni, avrà raggiunto livelli più evoluti. Sul punto cfr. D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale “istituzionale”: limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law - Erdal*, n. 1, 2020, 47, il quale rileva che “è possibile riscontrare che è già allo studio una forma più avanzata di *machine learning* chiamata *explainable artificial intelligence*, cioè un sistema di intelligenza artificiale in grado di auto-spiegarsi, e di rendere conoscibile la ricostruzione del percorso logico e cognitivo sulla cui base è stato elaborato un determinato modo di agire”.

a mente il grande sviluppo che questi sistemi stanno avendo negli ultimi anni⁽⁹⁷⁾. Del resto, la stessa giurisprudenza ha già iniziato a confrontarsi con provvedimenti adottati da algoritmi e quindi da sistemi di IA⁽⁹⁸⁾.

Un simile scenario comporterebbe la necessità di affrontare una serie di aspetti quali una nuova concezione di pubblica amministrazione, da sempre legata alla figura del funzionario persona fisica⁽⁹⁹⁾, nonché il rapporto di immedesimazione organica che lega quest'ultimo all'amministrazione di riferimento.

In tale contesto vi sarebbe anche la possibilità di elaborare regolazioni a livello eurounitario in una ottica di armonizzazione delle legislazioni europee, armonizzazione che vede già un primo passo nel Regolamento sull'intelligenza artificiale approvato dal Parlamento europeo il 13 marzo 2024⁽¹⁰⁰⁾.

In definitiva è forse giunto il momento di prendere coscienza dell'inefficienza di istituti ormai datati e anacronistici come il silenzio assenso e immaginare soluzioni alternative, sfruttando le potenzialità della tecnologia, cercando di governarla e regolarla anziché ignorarla o, peggio, guardarla con sospetto.

97 Sul punto cfr. D. MARONGIU, *op. cit.*, 40, il quale fa riferimento a uno studio del 2017 di un gruppo di ricercatori della *Chinese Academy of Science* che ha calcolato il quoziente intellettivo dei sistemi con cui operano gli assistenti vocali degli *smartphone* secondo i parametri adottati per la mente umana. In particolare, il quoziente normale di un essere umano di 18 anni è pari a 97, quello di una persona di 12 anni è di 84,5 e quello di un bambino di 6 anni è di 55,5. Ebbene, nel 2017 l'assistente vocale di *Google* aveva un quoziente di 47,8 quello della piattaforma cinese *Baidu* di 32,92, quello del *software* del sistema *Bing* di *Microsoft* di 31,98 e quello di *Siri* dei dispositivi *Apple* di 23,94. In sostanza già nel 2017 i sistemi più evoluti avevano un quoziente intellettivo pari a quello di un bambino di circa 4 o 5 anni. A tal riguardo, il Libro Bianco dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) del 2018 "*L'Intelligenza Artificiale a servizio del cittadino*", con riferimento alla possibilità di utilizzare sistemi di intelligenza artificiale da parte delle PA, si è posto l'obiettivo di "*facilitare l'adozione di queste tecnologie da parte dello Stato, per migliorare i servizi ai cittadini e alle imprese, dando così un impulso decisivo all'innovazione, al buon funzionamento dell'economia e, più in generale, al progresso nella vita quotidiana*". Lo stesso Libro Bianco ha ipotizzato inoltre le attività che l'intelligenza artificiale sarebbe stata in grado di eseguire negli anni successivi. In particolare, questa, entro il 2026 sarebbe stata in grado di scrivere un tema di liceo, entro il 2031 di lavorare nel commercio al dettaglio ed entro il 2059 eseguire ricerche di matematica. Detto calendario, tuttavia, è già stato superato in ragione dell'accelerazione della trasformazione digitale dovuta alla pandemia che ha implementato lo sviluppo di nuove tecnologie.

98 Il Consiglio di Stato si è occupato della materia (in particolare con le sentenze 8 aprile 2019, n. 2270 e 13 dicembre 2019, n. 8472 sul trasferimento degli insegnanti attraverso procedure automatizzate) riconoscendo anzitutto l'utilità dell'uso della tecnologia nell'ambito di procedimenti amministrativi. Tale utilizzo sarebbe infatti in accordo con i "canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale". Pertanto, "l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata". Lo stesso Consiglio di Stato ha addirittura riconosciuto che "Né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse. In disparte la stessa sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità" (Cons. St., Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472).

99 Anche il Libro Bianco "*L'Intelligenza Artificiale a servizio del cittadino*" dell'AgID del 2018 afferma che l'intelligenza artificiale "comporta questioni esistenziali e psicologiche" che "influiscono sulla possibilità di percepire, comprendere ed agire sul mondo", da qui la necessità di superare la concezione tradizionale di pubblica amministrazione in ragione della quale gli atti sono adottati soltanto da funzionari persone fisiche.

100 Il nuovo Regolamento UE approvato dal Parlamento europeo il 13 marzo 2024 prevede, al considerando n. 58, che "il presente regolamento non dovrebbe ostacolare lo sviluppo e l'utilizzo di approcci innovativi nella pubblica amministrazione, che trarrebbero beneficio da un uso più ampio di sistemi di IA conformi e sicuri, a condizione che tali sistemi non comportino un rischio alto per le persone fisiche e giuridiche". Inoltre ai sensi dell'art. 59, comma 1, lett. a), dello stesso Regolamento, "I dati personali legalmente raccolti per altre finalità possono essere trattati nello spazio di sperimentazione normativa per l'IA unicamente ai fini dello sviluppo, dell'addestramento e delle prove di determinati sistemi di IA nello spazio di sperimentazione quando sono soddisfatte tutte le condizioni seguenti: i sistemi di IA sono sviluppati per salvaguardare un interesse pubblico rilevante da parte di un'autorità pubblica o di un'altra persona fisica o giuridica e in uno o più dei seguenti settori: [...] v) l'efficienza e la qualità della pubblica amministrazione e dei servizi pubblici".

SCIOGLIMENTO ENTI LOCALI

Tra comune e comunità: appunti introduttivi sullo scioglimento degli enti locali per infiltrazioni mafiose.

SOMMARIO: 1. Orizzonti. 2. Problema/Sistema. 3. Effettività. 4. Comune/Comunità. 5. Conseguenze. 6. Contesti.

DI ANTONIO VISCOMI

ABSTRACT: L'Autore propone alcune considerazioni introduttive per una discussione sulla disciplina relativa allo scioglimento degli enti locali per infiltrazioni mafiose. Evidenzia l'esigenza di adottare un criterio interpretativo che tenga conto della relazione complessa tra comune infiltrato e comunità fragile e segnala una serie di conseguenze che dall'adozione di tale criterio possono derivare sulla funzione dei commissari straordinari e in merito alla motivazione dello scioglimento. Segnala inoltre la necessità di ripensare gli assetti istituzionali tradizionali al fine di superare la solitudine degli amministratori e la loro "fatica di amministrare".

ABSTRACT: *The Author proposes some introductory remarks for a discussion on the discipline relating to the dissolution of local authorities for mafia infiltration. It highlights the need to adopt an interpretative criterion that takes into account the complex relationship between the infiltrated municipality and the fragile community and points out a series of consequences that the adoption of the criterion may derive on the function of extraordinary commissioners and on the reason for dissolution. He also points out the need to rethink traditional institutional arrangements in order to overcome the loneliness of administrators and their "fatigue of administering".*

1. Orizzonti.

Intendo condividere alcune riflessioni introduttive e di carattere generale sulla disciplina relativa alle misure di contrasto alle infiltrazioni nelle istituzioni locali della criminalità organizzata. Compito reso oggi certo più agevole dalla presenza di relatori illustri che tratteranno importanti e controversi aspetti ⁽¹⁾ ma che comunque impone di rivolgere lo sguardo con decisione – eppur sempre *sine ira ac studio* (come direbbe Tacito) – nei meandri di un istituto che presuppone ed impone scelte severe e spesso risulta di non facile comprensione per i cittadini, nel cui nome, in definitiva, ogni giustizia dovrebbe essere amministrata (art. 101 Cost.).

Ma è tema, questo, che per una serie di ragioni chiede – da più tempo e da più parti – di essere ripensato in modo approfondito, se non altro perché dei 386 comuni sciolti dal 1991 ad oggi ben 133 (quasi il 35%) sono comuni calabresi. Se poi si considerano le aziende sanitarie si ha che quasi tutte quelle sciolte sono allocate in questa stessa

¹ Il testo qui pubblicato riproduce, con minimi adattamenti e l'indicazione bibliografica dei soli autori citati, l'intervento al convegno "L'informazione interdittiva antimafia e lo scioglimento dei comuni", organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Vibo Valentia in data 29 ottobre 2024 ed arricchito dalle relazioni dei giudici Nicola Durante (Tar Salerno) ed Arturo Levato (Tar Catanzaro), dell'avvocato Oreste Morcavallo e dal viceprefetto Roberto Micucci.

regione: Catanzaro, Locri, e poi Reggio e Vibo e le ultime due per ben due volte.

La pervasività regionale del fenomeno e la stessa reiterazione dei provvedimenti dissolutori in singole realtà locali sono dati sociologici meritevoli di specifica considerazione anche da parte del giurista, chiamato fin da subito, per tale ragione, ad ampliare il proprio orizzonte conoscitivo, ad accompagnare l'interpretazione del testo normativo con un adeguato sguardo al contesto di riferimento – portando l'attenzione, cioè, dall'amministrazione comunale alla comunità ferita e lacerata dalla presenza mafiosa – anche attraverso una analisi approfondita, e a mio avviso ormai indispensabile, delle relazioni commissariali che con l'accesso hanno dato abbrivio al procedimento dissolutorio.

Compito non facile, questo, quando si considera che le difficoltà che il giurista si trova già ad affrontare nel rileggere il sistema normativo trovano radici e linfa nell'esigenza inderogabile di considerare in modo adeguato e pertinente la pluralità degli interessi in gioco e la stessa rilevanza costituzionale dei diversi valori coinvolti. È proprio la conseguente complessità sistematica ad invocare estremo equilibrio nell'attività di interpretazione ed applicazione degli istituti in questione e ad imporre, al contempo, di respingere diffuse tentazioni manichee, poco idonee a cogliere sfumature e differenze.

La semplificazione, insomma, mal si addice all'attività di bilanciamento che la Costituzione, e la Corte costituzionale come pure vedremo, impongono in questi casi.

2. Problema/Sistema.

Tuttavia, per potersi avventurare in territori insidiosi e di confine, anzi insidiosi perché di confine, è necessario disporre almeno di una bussola che possa indicare in qualche modo la direzione da seguire. Fuor di metafora, per orientarsi in quel territorio difficile che per guadagnare in sintesi mi piace chiamare “Modello 143”, con un evidente richiamo allo stesso articolo del Tuel, credo sia opportuno assumere un metodo di analisi radicalmente rispettoso del primo requisito di ogni interpretazione.

Intendo riferirmi alla necessità di adottare sempre una logica di sistema giacché il giurista, per non rischiare di essere fagocitato da altre logiche e da altre ragioni e soprattutto per non sostituire al testo normativo le proprie precomprensioni (o i propri pregiudizi), ha sempre l'onere – come da tempo è stato detto – di mantenersi sistematicamente a contatto con il problema. Ancora oggi, anzi soprattutto oggi quando troppo spesso il diritto sembra piegarsi al potere anziché disciplinarlo, sono ancora illuminanti le parole di Luigi Mengoni: “se è vero che la legge non può essere rettamente interpretata se non muovendo dal problema per il quale in essa si cerca la risposta, è vero reciprocamente che il problema non può essere rettamente risolto se non con riferimento al testo e nei limiti del senso del testo”⁽²⁾.

In altri termini, e per dirla in breve, credo sia il caso di evidenziare fin da subito che l'art. 143 del Tuel non possa essere considerato a stregua di un microsistema chiuso, capace di vivere di vita propria, impermeabile alla “grammatica” ed alla “sintassi” dell'ordinamento giuridico. A questo, semmai, deve essere necessariamente ricondotto proprio per garantire quell'equilibrio tra valori egualmente importanti ed essenziali al fine di assicurare la coesione sociale. Questo è, mi pare, il senso ancora attuale del risalente invito a mantenersi sistematicamente a contatto con il problema.

Abbiamo dunque bisogno di un metodo per avventurarci in territori insidiosi. Al riguardo, segnalo solo due aspetti a mio avviso utili al duplice fine di trovare conferma alla necessità di rileggere in una più ampia prospettiva di sistema i tratti di specialità del modello legale che consente di arrivare allo scioglimento dei consessi elettivi e di rafforzare la conseguente considerazione dell'art. 143 non tanto a stregua di microsi-

2 L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, il Mulino, 1985, 47.

stema chiuso, autonomo ed impermeabile, quanto piuttosto come un punto di equilibrio, a carattere temporaneo e non sempre stabile, tra contrapposti valori e divergenti interessi.

Il primo di questi mi pare di poterlo individuare nel percorso argomentativo offerto dalla Corte costituzionale nella sentenza 24 luglio 2019 n. 195 avente ad oggetto la (non) conformità costituzionale dell'art. 28, comma 1, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 che ha introdotto nel corpo dell'art. 143 del Tuel il comma 7-*bis*. In tal caso – si trattava, come si ricorderà, di quella sorta di terza via immaginata per i casi, per così dire, di accertata presenza di *mala gestio* ma non di malaffare – la Corte ha ritenuto non conforme a Costituzione il potere prefettizio *extra ordinem* non solo e neppure tanto perché tale da limitare l'autonomia dell'ente locale, quanto perché incoerente con i presupposti sistematici che legittimano l'esercizio di ogni potere amministrativo: "l'insufficiente determinazione del presupposto del potere sostitutivo risulta così aggravata" – scrive la Corte – "dalla latitudine del suo contenuto atipico e indifferenziato, mentre ogni potere amministrativo deve essere determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa".

Il secondo può essere agevolmente rintracciato nell'ancora oggi imprescindibile sentenza della stessa Corte del 19 marzo 1993 n. 103 (peraltro pronunciata sull'art. 15-*bis* della legge 19 marzo 1990 n. 55 introdotto dall'art. 1 del decreto-legge 31 marzo 1991, n.164). Pur consapevole della "emergenza straordinaria" che giustifica "interventi rapidi e decisi", la Corte qui individua nei "principi generali in tema di motivazione degli atti amministrativi" un "sicuro limite al possibile arbitrio", anche attraverso il sindacato giurisdizionale sulla "congruità e logicità della valutazione compiuta".

Quanto poi questo sindacato sia stato effettivamente esercitato in concreto è questione importante, ma non è questa la sede per discuterla, nemmeno per sintetici cenni. Qui, invece, l'elemento essenziale da evidenziare è che, nella prospettiva della Corte, l'emergenza provocata dallo "straordinario fenomeno eversivo" segnato dalla criminalità organizzata non legittima ogni e qualunque deviazione dal sistema ma anzi assume, essa stessa, "il valore di limite e di misura del potere" attribuito alle autorità a fini di contrasto. Da qui il richiamo al rispetto dell'obbligo generale di "adeguatezza della motivazione" – "espressamente previsto in via generale dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990, (ma) già imposto dalla costante giurisprudenza amministrativa in modo rigoroso per gli atti amministrativi restrittivi della sfera giuridica dei destinatari" – dovendosi "esigere (...) la dimostrazione che, muovendo dalla accertata constatazione della sussistenza di una delle due situazioni [di collegamento o condizionamento, *ndr*], possano farsi risalire ad essa quella compromissione o quel pregiudizio cui il legislatore ha inteso ovviare nel prevedere la misura". Seguendo i sentieri tracciati dalla Corte costituzionale trova dunque conferma e dimostrazione la necessità di mantenere ben saldo il legame concettuale e disciplinare tra problema e sistema, anche e soprattutto al fine di impedire il rischio di derive ricostruttive e, in fondo, la stessa torsione degli equilibri costituzionalmente definiti.

Insomma, la specialità, come l'emergenza, può molto, ma non può tutto.

3. Effettività.

A leggerle con attenzione, dalle sentenze della Corte emerge ancora un altro elemento che chiede di essere preso in seria considerazione anche da parte del giurista. A giudizio della Corte, infatti, la ragione che legittima l'adozione delle estreme misure di contrasto è la stessa ragione che, legittimandole, le limita ("quell'emergenza" – si legge nella sentenza 103/1993 – "ha il valore di limite e misura del potere, esercitabile perciò solo nei luoghi e fino a quando si manifesti tale straordinario fenomeno eversivo").

La connessione genetica e funzionale che la Corte instaura tra esercizio del potere e permanenza del fenomeno dovrebbe perciò stesso indurre a interrogarsi sulla idoneità del “Modello 143” a conseguire effettivamente l’obiettivo perseguito.

Si tratta, in altri termini, di assumere il *principio di effettività* quale criterio euristico e parametro di valutazione di una normativa radicale ed invasiva, verificando se lo strumento disegnato dal legislatore sia utile e funzionale a raggiungere lo scopo perseguito oppure se, considerato da questo specifico versante, manifesti delle crepe e dei limiti. Una indagine di tal fatta è resa ancora più urgente da una peculiare circostanza che non può essere sottaciuta: *delle norme sullo scioglimento per infiltrazioni mafiose nessuno chiede l’abrogazione, ma tutti ne chiedono la revisione.*

Sul punto mi limito a qualche rapsodico cenno.

La Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, presentata dalla relatrice e presidente della stessa Commissione, Rosy Bindi, in data 2 febbraio 2018 (Doc XXIII, n. 38) propone una serie di interventi innovativi in relazione tanto alla “fase ascendente del procedimento” quanto alla “fase successiva allo scioglimento” e fra questi merita una certa attenzione la ricerca di una “alternativa tra scioglimento ed archiviazione”, di una “terza via ... più duttile rispetto all’alternativa manichea tra scioglimento e non scioglimento dell’ente, tra la misura dissolutoria e la misura per così dire assolutoria, poiché quest’ultima produce effetti inevitabilmente legittimanti, agli occhi della comunità locale, della compagine amministrativa dell’ente ispezionato, anche a fronte di criticità serie, ma non cos’gravi da giustificare l’adozione del provvedimento ex art. 143 Tuel”.

È ancora doveroso ricordare che nella XVIII legislatura era stato avviato, nella Commissione Affari Costituzionali della Camera, l’esame di ben tre proposte di legge di riforma (AC-474, AC-1512, AC-1630), prima interrotto per dare spazio alle urgenze derivanti dall’emergenza pandemica, e poi inutilmente ripreso nei mesi finali della legislatura con la presentazione, da parte del relatore, della proposta di un testo unificato da adottare come testo base per la discussione. L’anticipato termine della legislatura ha naturalmente vanificato il lavoro svolto, ma potrebbe ancora risultare di estremo interesse rileggere il materiale conoscitivo acquisito dalla stessa Commissione con le audizioni degli esperti⁽³⁾. E altro ancora potrebbe dirsi, ad esempio, delle osservazioni e proposte di associazioni particolarmente qualificate, come Avviso Pubblico⁽⁴⁾.

Pertanto, che ci sia bisogno di affinamenti ed aggiustamenti non è certo esigenza recente, come dimostrano, ad esempio, le dieci modifiche proposte alla legislazione allora vigente dal rapporto “Per una moderna politica antimafia. Analisi del fenomeno e proposte di intervento e di riforma”, redatto dalla Commissione, presieduta dal cons. Roberto Garofoli, per l’elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità, istituita con dPCM 7 giugno 2013. E si tratta di proposte importanti che spaziano dall’impegno a tempo pieno ed esclusivo dei commissari straordinari, da qualificare mediante l’iscrizione in un apposito albo, al rinnovamento della burocrazia comunale, superando i vincoli che impediscono nuove assunzioni ma anche quelli che rendono impossibile anche solo ipotizzare la risoluzione del rapporto di lavoro, fino ad arrivare alla pubblicità effettiva delle relazioni prefettizie.

A guardarlo oggi, questo diffuso sforzo propositivo sembra veramente molto lontano: il tema non sembra catturare l’attenzione di una politica forse troppo condizionata da un approccio securitario, ma – temo – neppure della dottrina alla quale, non a

3 <https://www.camera.it/leg18/126?tab=4&leg=18&idDocumento=1630&sede=acc&tipo=>

4 <https://www.avvisopubblico.it/home/home/cosa-facciamo/informare/documenti-tematici/comuni-sciolti-per-mafia/>

caso, è stata imputato un atteggiamento di saltuario interesse⁵). Ond'è che la questione degli scioglimenti si risolve, alla fine, in una solitaria battaglia legale degli amministratori interessati nel tentativo (il più delle volte inutile) di vanificare il decreto presidenziale di scioglimento.

4. Comune/Comunità.

Sommessamente, reputo ragionevole affermare che il “Modello 143” richiede ormai un'attenta opera di revisione, senza che ciò possa o debba significare un allentamento delle azioni di contrasto alla criminalità mafiosa. Reputo, ancora che sia opportuno iniziare anche ad interrogarsi su quale possa essere la percezione – e la stessa capacità di comprensione – da parte di un qualunque cittadino in presenza di assoluzioni penali e di contestuali dissoluzioni amministrative, di amministrazioni giudicate infiltrate dai Tribunali amministrativi e di amministratori giudicati candidabili dai Tribunali ordinari, di una giurisprudenza che appare a volte più militante che giudicante, di scioglimenti che sembrano operare come parentesi e che, come ogni parentesi, si aprono e si chiudono e talvolta si riaprono ancora. Tutte situazioni che trovano fondamento e giustificazione nell'assetto ordinamentale, ovviamente, ma che nella loro materialità fattuale pongono un problema di comprensione (e quindi di condivisione dello stesso operato delle autorità pubbliche) da parte dei cittadini interessati e delle relative comunità.

Ciò considerando è plausibile che un cittadino possa anche arrivare a ritenere che la misura legislativa sia costruita *contro il comune* piuttosto che *per la comunità*, in funzione repressiva di quello piuttosto che proattiva di questa. D'altronde, al di fuori di ogni retorica e con molta chiarezza, ciò è quanto scriveva già la Corte costituzionale nella sentenza 103/1993: “si è in presenza di una misura di carattere sanzionatorio che ha come diretti destinatari gli organi elettivi, anche se caratterizzata da rilevanti aspetti di prevenzione sociale per la sua ricaduta sulle comunità locali che la legge intende sottrarre, nel loro complesso, all'influenza alla criminalità organizzata”.

Se si condivide questa prospettiva, risulta allora possibile meglio individuare il punto critico della materia *de quo*: il microsistema normativo relativo alle infiltrazioni negli enti locali è così focalizzato sul sistema istituzionale interno all'ente locale da dimenticare che prima del comune ad essere sottoposta al prepotere ed alla prepotenza criminale è la comunità locale, sì che un intervento orientato al mero riassetto istituzionale rischia di risultare poco efficace se e nella misura in cui trascuri di considerare il contesto in cui l'amministrazione si trova ad operare. Per questo merita apprezzamento ed è da segnalare chi ritiene che la misura di dissoluzione riguardi non solo i singoli amministratori ma anche, e forse ancor di più, “le comunità locali che la legge intende sottrarre nel loro complesso all'influenza della criminalità organizzata” (così Tar Lazio sent. 2 marzo 2021 n. 2537).

Il fatto è che se la mafia arriva nel comune è perché essa è presente nella comunità: per eliminarla dalle stanze del comune bisogna operare al contempo nelle strade in cui la comunità si incontra, altrimenti è evidente che il percorso di ritorno dalle strade alle stanze consiliari risulterà ancora più breve. Per evitare tale effetto la compressione della vita democratica del comune dovrebbe essere affiancata, sostenuta e forse anche giustificata da una azione proattiva di ordine sociale e culturale, oltre che amministra-

5 “Il tema dei poteri amministrativi di prevenzione della criminalità organizzata nella pubblica amministrazione è oggetto di un interesse ancora piuttosto saltuario tra i giuristi, forse perché l'argomento non sembra dar luogo a problematiche peculiari o di sufficiente spessore. Eppure, gli sviluppi della legislazione ed il ricco apporto di materiali offerto dalla giurisprudenza continuano a sollecitare interrogativi di non poco conto.”, così M. MAGRI, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: tra vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità*, in *Dir. Amm.*, 2018, n.1, 77 ss..

tivo, anche con investimenti mirati ed adeguati da parte dello Stato e con un maggiore coinvolgimento dei cittadini e delle loro organizzazioni, anche spontanee, nella ripresa amministrativa del comune stesso.

Per sconfiggere la criminalità organizzata, forte del suo capitale sociale negativo fatto di relazioni, di cointeressenze, di conoscenze, abbiamo bisogno di mettere in gioco un capitale sociale positivo, ricostruendo quello spirito civico, quella *civicness*, la cui mancanza noti sociologi ⁽⁶⁾ considerano all'origine delle condizioni di fragilità del mezzogiorno.

Al familismo amorale di Banfield ⁽⁷⁾ abbiamo necessità di contrapporre una nuova dimensione partecipativa e cooperativa.

5. Conseguenze.

Ricostruire il microsistema di contrasto alla criminalità a partire dalla comunità non è un vezzo accademico né un tentativo retorico di spostare il fuoco del problema. Al contrario, assumere questa prospettiva determina conseguenze importanti poiché impone di cambiare gli stessi parametri interpretativi ed applicativi dell'art. 143 Tuel.

Proverò a coonestare questa affermazione proponendo un paio di esemplificazioni.

Secondo quanto affermato dalla "Relazione sull'attività svolta dalle commissioni per la gestione straordinaria per l'anno 2023", presentata al Parlamento dal Ministro competente il 14 agosto 2024 (Doc LXXXVIII), tali commissioni hanno l'"obiettivo principale di ripristinare una sana gestione amministrativa e finanziaria" lesa da "inadeguatezza dell'apparato burocratico", vulnerata da "mancanza di efficiente direzione politica amministrativa, forme di convivenza, mancato esercizio delle funzioni di controllo". Dalle parole della Relazione traspare con evidenza che il modello o, se si vuole, l'ideal-tipo ministeriale del commissario straordinario e della sua funzione presenta alcuni tratti caratteristici e fondamentali: la sua dimensione operativa è interna all'ente e la sua funzione prioritaria è riscrivere regolamenti e riordinare le finanze. Attività tecniche e gestionali, queste ultime, certo fondamentali, ma che forse andrebbero opportunamente intrecciate con altre e più politiche, almeno se e quando si consideri – come io considero – che il compito primo dei commissari sia non solo e neppure tanto di gestire quanto piuttosto di *ricostruire*, in particolare di ricostruire quel rapporto di fiducia sociale che fa sentire come lo Stato cammini al fianco dei cittadini anche in comunità impregnate dalla presenza criminale.

Non è privo di significato che, da più tempo e da più parti, la richiesta di revisione più unanimemente diffusa riguardi proprio l'esigenza di una particolare qualificazione e formazione dei commissari con specifico riguardo alla loro capacità di svolgere quasi una funzione di *team building* nell'amministrazione e di positivo referente dei cittadini. E anche per questo non si può essere commissari nei ritagli di tempo o *part-time*. Non è l'albo il punto di discriminazione, e neppure i criteri di accesso, ma semmai una formazione coerente con la funzione che i commissari sono chiamati a svolgere, nel comune e nella comunità.

Peraltro, l'esperienza concreta in molte realtà commissariate dimostra che l'aver assunto come primo obiettivo dei commissari è riportare sotto controllo le fasi di recupero e di spendita delle risorse finanziarie, ha spesso determinato un immediato e paradossale effetto sugli spazi di fruizione di beni, sociali e socializzanti, di proprietà pubblica (si pensi, ad esempio, agli impianti sportivi e ludici). Non è raro che dall'arrivo delle commissioni sia sospesa l'utilizzazione degli spazi pubblici o si inizi a richiederne un canone per l'utilizzazione (adeguato ovviamente ai criteri ordinari

⁶ Mi riferisco a R. PUTNAM, *La tradizione civica nelle regioni italiane*, Mondadori, 1993.

⁷ E. BANFIELD, *Le basi morali di una società arretrata*, il Mulino, Bologna, 2010.

di determinazione dell'importo, ma oggettivamente elevato nel contesto economico locale). È evidente che comportamenti del genere, pure dovuti, se non accompagnati da una profonda attività di informazione (e quasi di educazione civica) possono determinare effetti controproducenti, soprattutto in quelle realtà in cui il provvedimento di dissoluzione determina immediati effetti negativi sui cittadini ma non eguali effetti sull'apparato burocratico considerato all'origine dello scioglimento del civico consesso. Da qui il rischio che, per i suoi effetti, lo scioglimento sia o possa essere inteso come una sorta di punizione collettiva gravante sulla comunità.

Ciò considerando, mi pare possa trovare una prima conferma che riorientare l'attenzione euristica sulla comunità piuttosto che sul comune è tale da produrre delle immediate conseguenze operative anche sul modo di intendere ed esercitare la stessa funzione commissariale.

Ma ripartire dalla centralità della comunità nei processi di contrasto alla criminalità significa anche percepire come imperativo il dovere di dar conto alla stessa delle ragioni e delle conseguenze della procedura avviata, sia in caso di scioglimento che nell'ipotesi opposta. Al riguardo, vale la pena rileggere i suggerimenti avanzati nel 2013 dalla già citata Commissione Garofoli: "è determinante che i fatti accertati dalla commissione di accesso siano conosciuti dai cittadini per l'esercizio consapevole del diritto di elettorato attivo". E ciò vale anche quando l'accesso ispettivo si conclude senza provvedimento di dissoluzione: "sarebbe importante in funzione di trasparenza, sia per operare un controllo della pubblica opinione sull'attività del prefetto e del governo, sia perché i cittadini comunque conoscano quanto emerso in positivo ed in negativo anche per non lasciare aloni di sospetto".

Questa proposta di modifica avanzata nel 2013 in qualche modo è stata dimenticata e se problema di pubblicità si è posto nel corso degli anni, questo ha riguardato esclusivamente l'aspetto individuale connesso all'esercizio del diritto di difesa, nel cui ambito, peraltro, l'approccio usuale dell'amministrazione ha subito spesso bruschi arresti da parte della magistratura. Se si intendono segretare alcuni atti – è stato obiettato – questi stessi atti non possono poi essere utilizzati come "supporto indirettamente motivazionale non solo della condotta amministrativa ma finanche della propria difesa in giudizio, pretendendo di escluderli definitivamente dalla verifica del contraddittorio e quello che più conta dal controllo giudiziario" (Tar Reggio Calabria, sent. 28 ottobre 2019 n. 628).

A ben vedere, questo della motivazione e della relativa trasparenza è uno snodo cruciale dell'intera disciplina perché riguarda, per un verso, i caratteri per così dire interni della motivazione che giustifica lo scioglimento (cioè il suo essere adeguata, pertinente e coerente con quanto prescrive la legge che parla al riguardo di elementi "concreti, univoci e rilevanti"), e perché attiene per altro verso alla diffusione esterna, o meglio alla condivisione pubblica della motivazione medesima e quindi delle ragioni dello scioglimento.

Sono ben consapevole che, in contesti di tal fatta, la diffusione di informazioni presenta tratti oltremodo delicati. Ma proprio questa circostanza suggerisce di usare estrema cautela fin dalla fase iniziale della procedura, quella che la Commissione Bindi ha definito "fase ascendente", in particolare per quanto riguarda l'indicazione specifica di momenti e luoghi di possibile collegamento e condizionamento, ricordando sempre, al riguardo, che *per essere rilevanti tali elementi non devono essere suggestivi ma piuttosto significativi per il relativo carattere concreto, univoco e rilevante*. Il rigetto non raro della richiesta di incandidabilità – per dichiarare la quale "non è sufficiente una valutazione globale delle vicende dell'amministrazione" ma è necessaria una più puntuale "individualizzazione degli elementi di addebito attraverso un esame specifico della condotta tenuta da ciascun amministratore" (Cass., sez. I, 11 marzo 2022 n. 8056)

– è tale da suggerire nell'elaborazione e nella stesura della relazione sulle possibili infiltrazioni un di più di attenzione. E poiché a nulla rileva, da questo specifico punto di vista, la distanza tra dimensione penale repressiva e azione amministrativa preventiva, forse vale la pena considerare se non sia opportuno ascoltare e registrare formalmente, fin dalla fase preliminare di accesso, le opinioni degli amministratori sulle vicende controverse o anche solo dubbie.

D'altronde, tale cautela è richiesta dalla sentenza 103/1993 della Corte costituzionale, là dove evidenzia la necessaria correlazione tra l'accertata presenza di collegamenti e/o condizionamenti e la compromissione della libera determinazione degli organi elettivi e del buon andamento delle amministrazioni. A tal proposito, la Corte parla di "stringente consequenzialità" sì che non può considerarsi sufficiente la mera descrizione dei collegamenti ma è necessario che nella relazione siano puntualmente derivate le specifiche conseguenze sulla vita amministrativa indicate dalla legge. Stringente correlazione, in effetti, è situazione ben diversa dal "giudizio prognostico di verosimiglianza fondato sulla logica della c.d. probabilità cruciale" (Tar Lazio, 17 aprile 2023 n. 6586) richiamato ormai costantemente dalla giurisprudenza. E poiché la dissoluzione dell'ente è considerata dalla Corte come "misura di carattere sanzionatorio" ne segue che il lungo periodo di tempo di durata del commissariamento è giustificato dalla Corte in quanto funzionale ad "intervenire sul terreno del ripristino della legalità, della eliminazione degli effetti prodotti dall'inquinamento criminoso, della creazione di condizioni nuove che, avvalendosi della precedente esperienza, permettano la ripresa della vita amministrativa al riparo dai collegamenti e dai condizionamenti cui si era voluto ovviare con lo scioglimento". Se ciò è vero, e a mio avviso lo è, la ripresa della vita amministrativa si ha soltanto se e nella misura in cui l'intervento sanzionatorio non si risolve nell'ambito della struttura amministrativa ma si apra alla e nella comunità.

6. Contesti.

Ancora qualche stringata considerazione conclusiva. Un tratto caratteristico ed usuale delle indagini sul "Modello 143" è dato dalla individuazione dei settori maggiormente a rischio di infiltrazione: generalmente tali settori hanno a che fare con gli appalti, i bandi e le gare e gli uffici tecnici, ma anche – e per motivi ben evidenti a chi conosce il *modus operandi* mafioso – i settori che hanno competenza sulle politiche sociali. Al riguardo, però, si è pure soliti segnalare la circostanza, non priva di aspetti paradossali, che vede elementi e vicende, prima richiamati per giustificare lo scioglimento, permanere poi integre anche in fase di commissariamento. In effetti, sarebbe di estremo interesse sapere, ad esempio, quanti contratti sono stati effettivamente risolti dalle commissioni fra quelli indicati come sospetti in sede di relazione.

Tuttavia, a mio sommo avviso, anche in tal caso sarebbe opportuno ampliare l'orizzonte e ragionare sugli effetti che alcune delle innovazioni (elettorali e organizzative) degli ultimi decenni hanno prodotto nelle realtà locali più fragili. Con molta franchezza, credo sia ragionevole interrogarsi se e quali siano stati gli effetti della eliminazione dei controlli preventivi senza la creazione di un adeguato strumento di compensazione o ancora gli effetti della trasformazione della stessa figura del segretario comunale. L'autonomia, a volte, si trasforma in solitudine, e questa – come ha scritto recentemente la Corte costituzionale (sentenza 132/24) – anche in una sorta di fatica dell'amministrare. A maggior ragione nelle aree ad alta intensità di presenza mafiosa.

Pur comprendendo le difficoltà di reintrodurre forme di controllo preventivo, mi chiedo se la risposta non vada ricercata altrove, ad esempio, e per un verso, in una diversa relazione cooperativa tra amministratori e prefetture e, per altro verso, in una

diversa configurazione reticolare delle amministrazioni.

Amministrare in contesti maturi è relativamente facile: l'assetto burocratico procede anche in autonomia. Amministrare in contesti fragili è molto più difficile. Per questo, sarebbe forse opportuno riflettere sul fatto che il modello ideale del buon amministratore, che tutto conosce e tutto controlla e indirizza, spesso richiamato dalla giurisprudenza al fine di valutare i comportamenti concreti sottoposti a giudizio, non può, per una sorta di eterogenesi dei fini, trasformarsi in motivo sufficiente ad allontanare dalla gestione della cosa pubblica, e proprio nei territori più fragili, i cittadini professionalmente e culturalmente più capaci.

Anche per questa ragione, appare semmai necessario – e ancor più nei territori fragili – promuovere la creazione di reti organizzative fra i comuni (fino ad arrivare anche alla fusione) anche come strumento utile nel contrasto alle infiltrazioni mafiose, considerando che la ridotta dimensione dei comuni mal si concilia di fatto con l'esigenza di separazione tra organi di indirizzo e gestione, con l'autonomia responsabile dei burocrati, con le modalità di controllo attento e vigile del sindaco, peraltro in enti che non vedono la presenza delle figure dirigenziali in senso proprio.

Per difendere le comunità locali abbiamo bisogno di ripensare la geografia degli enti locali.

Alla luce di quanto fin qui proposto, è ragionevole affermare in conclusione che la presenza delle criminalità organizzata negli enti locali esige strategie di contrasto complesse, tali da operare contestualmente su fronti diversi: sulla comunità che si trova ad essere temporaneamente privata della propria dimensione democratica ed affidata alle cure di una commissione straordinaria; sui commissari straordinari, chiamati a ricostruire il rapporto di fiducia sociale istituzionale, che è l'elemento primo per il consolidamento della coesione sociale frantumata dalla presenza mafiosa; sulla rete istituzionale, anche in virtù di una rinnovata cooperazione tra prefetture e comuni e, ancor più, della auspicata ridefinizione della geografia amministrativa degli enti locali. Se è vero che in nessun caso un testo può essere compreso al di fuori del contesto di riferimento, ciò vale a maggior ragione per il "Modello143"; per la sua interpretazione, ma soprattutto per la sua applicazione nelle situazioni concrete.

Convenzioni urbanistiche e rinegoziazione: il Consiglio di Stato esclude l'obbligo di provvedere del Comune in caso di pregresso grave e persistente inadempimento del lottizzatore nell'esecuzione delle opere di urbanizzazione.

Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 11 novembre 2024, n. 9014

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I fatti di causa. 3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato

ABSTRACT: Il presente contributo propone un esame della sentenza del Consiglio di Stato, n. 9014 del 2024, con la quale è stato affrontato il tema dell'obbligo di provvedere in capo al Comune, dinnanzi ad un'istanza di rinegoziazione da parte di privati lottizzatori. Dopo una breve premessa (*infra* par. 1.), sarà descritta la vicenda fattuale da cui ha avuto origine il ricorso al Tar, unitamente ai motivi di ricorso (*infra* par. 2.) e verrà dettagliatamente analizzato il contenuto della parte motiva della sentenza del Consiglio di Stato (*infra* par. 3.).

ABSTRACT: *The paper concerns an analysis of the Council of State's decision about the Council obligation to provide an answer to a request for a (contract) renegotiation of the urban planning agreement, that's usually entered into between a landowner and a local planning authority.*

After a short introduction (infra par. 1.), the facts of the case and the content of the opening statements of the party will be analysed in detail (infra par. 2.), Furthermore, the paper shows and examines the Council of State's arguments (infra par. 3.).

1. Premessa.

Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato affronta il tema della rinegoziazione delle convenzioni urbanistiche ed in particolare dell'obbligo del Comune di pronunciarsi e provvedere a fronte della ricezione di un'istanza di rinegoziazione formulata dai lottizzatori.

Prima di procedere all'esame della sentenza, appare allora opportuno soffermarsi su una sia pur sintetica ricostruzione della disciplina delle convenzioni urbanistiche, ed in particolare sostare sulla *ratio* di tali accordi, per mezzo dei quali l'ordinamento ha provveduto a sopperire ad esigenze primarie degli Enti locali.

Nell'ambito della pianificazione del territorio, le convenzioni urbanistiche⁽¹⁾ sono uno strumento alternativo all'esercizio dell'autorità pubblicistica e costituiscono espressione di accordi fra Comune e privati cittadini.

L'impiego del modulo consensuale in alternativa al ricorso alla potestà pubblicistica rappresenta una serie di vantaggi per entrambe le parti. Da un lato, infatti, il Comune, coinvolgendo i privati nella programmazione del territorio, può avvalersi di nuove idee e capitali per la realizzazione delle opere. Dall'altro lato, i privati possono ottenere vantaggi dall'acquisizione della proprietà di talune opere realizzate nell'area designata, ottenendone, comunque, un ritorno economico.

Nell'ambito delle convenzioni urbanistiche, in particolare, assumono rilievo le convenzioni di lottizzazione, disciplinate dalla legge urbanistica fondamentale, n. 1150 del 1942, all'art. 28. La *ratio* dell'istituto in parola è da individuarsi nell'intenzione del Legislatore di arginare la tendenza dei Comuni alla mancata adozione dei piani regolatori particolareggiati, a causa dell'assenza di fondi necessari alla realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria (solo a titolo esemplificativo: strade, impianti elettrici e fognari, istituti scolastici, aree verdi attrezzate).

La natura giuridica delle convenzioni di lottizzazione è quella di accordi sostitutivi di provvedimento ex art. 11, L. 241/1990.

Quanto ai diritti e doveri che ne discendono, per entrambe le parti, deve osservarsi che, per quanto riguarda il Comune, la conclusione di un simile accordo impone il dovere di mantenere inalterato il PRG, in attuazione del quale è sottoscritta la convenzione e l'obbligo di rilascio dei permessi di costruire necessari alla realizzazione delle opere nell'area designata.

I privati lottizzatori, invece, con la stipula della convenzione, assumono l'obbligo di realizzare le opere dedotte in convenzione e di cedere al Comune, a titolo gratuito, le aree lottizzande.

Riguardo al profilo patologico del rapporto, ovvero alle ipotesi di inadempimento, deve in primo luogo rilevarsi che l'esistenza di una convenzione di lottizzazione non priva la P.A. del potere di adottare provvedimenti di variante ai piani che risultino incompatibili con le convenzioni concluse, a condizione che, però, vi siano ragioni di pubblico interesse che giustifichino tali varianti.

Come ricordato dal Consiglio di Stato⁽²⁾, infatti, le varianti incompatibili con le convenzioni, valgono come recesso del Comune dall'accordo. Tale conclusione, del resto, appare in linea col dettato dell'art. 11, c. 4, L. 241, ovvero con la disposizione in

1 In materia di convenzioni urbanistiche, si vedano, diffusamente: A. CORAGGIO, *Pianificazione urbanistica e vincoli paesaggistici Sfoglia online Pianificazione urbanistica e vincoli paesaggistici. Casi concreti di interpretazione ed applicazione delle norme urbanistiche e paesaggistiche*, Flaccovio Editore, 2022; N. CENTOFANTI, M. FAVAGROSSA, P. CENTOFANTI, *Le convenzioni urbanistiche ed edilizie*, Giuffrè, 2012; G. LUCADEI, *Piani di lottizzazione e programmi complessi - Print, Pru, Pri, Prust e Contratti di quartiere*, Flaccovio Editore, 2021, ove si mette in luce come le convenzioni urbanistiche conservino carattere contrattuale, ancorché costituiscano contratti di natura peculiare, che lasciano intatta la potestà pubblicistica del Comune, in materia di disciplina del territorio e di regolamentazione urbanistica, ivi compresa la possibilità di liberarsi dal vincolo contrattuale, alla stregua di esigenze sopravvenute, ovvero, a maggior ragione, per l'obbligatorio adeguamento a modifiche normative. Ancora, l'opera mette in luce come le convenzioni di lottizzazione si inseriscano nell'ambito del procedimento amministrativo, che si conclude con l'approvazione del piano di lottizzazione e il rilascio delle relative concessioni edilizie. In punto di inadempimento del lottizzatore, l'Autore evidenzia che un primo ordine di questioni si prospetta circa la possibilità di ammettere poteri amministrativi di autotutela del Comune, incidenti sulla convenzione. In senso affermativo, si sono pronunciate sia la giurisprudenza amministrativa, che civile; P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico, organizzazione e rapporti*, Giappichelli, 2017; F. CANGELLI, *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Giappichelli, 2012.

2 Cons. Stato, sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2265, ove si afferma che "l'approvazione di una variante incompatibile con un piano di lottizzazione debitamente approvato e convenzionato assume nella sostanza le fattezze della revoca unilaterale della progressiva convenzione ed abbisogna, per conseguenza, di una circostanziata motivazione sulle particolari ragioni di pubblico interesse, arricchita da una congrua comparazione tra gli interessi in conflitto. In presenza di un accordo perfezionatosi, la variante incompatibile con il suo oggetto vale dunque quale recesso dall'accordo".

forza della quale “*Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato*”.

Ciò, sempre che la variante sia legittima. Contrariamente, infatti, ferma l'impugnabilità a fini caducatori, il privato vanta anche il diritto al ripristino dello *status quo ante* e al risarcimento del danno da ritardo nel rilascio dei titoli edilizi.

Quanto all'ipotesi di inadempimento dei privati lottizzatori, invece, secondo il Consiglio di Stato⁽³⁾, gli impegni assunti con la stipula di convenzione hanno natura di obbligazione *propter rem*, e, dunque, gli obblighi di realizzare le opere di urbanizzazione ricadono sul proprietario del terreno che ha stipulato la convenzione, e su coloro che abbiano richiesto i titoli edilizi, nell'ambito della lottizzazione, nonché sui successivi proprietari della stessa res.

Di fronte ad inadempimenti di non scarsa importanza, dunque, il Comune è legittimato alla risoluzione della convenzione.

Infine, deve ricordarsi che, per consolidato indirizzo giurisprudenziale⁽⁴⁾, le convenzioni di lottizzazione possono essere rinegoziate. Come, infatti, il Comune può recedere dalla convenzione per sopravvenuti motivi di interesse pubblico ex art. 11, comma 4, della legge n. 241 del 1990, analogamente il privato può, in presenza di circostanze sopravvenute rilevanti, chiedere al Comune di rinegoziare i contenuti della convenzione o di singole sue parti, in applicazione del principio di buona fede e correttezza ex art. 1375 c.c., richiamato dall'art. 11, comma 2, della legge n. 241 del 1990, in forza del rinvio ivi contenuto ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti.

Delineati i tratti salienti dell'istituto delle convenzioni urbanistiche e, in particola-

3 Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2019, n. 199, con la quale il Collegio offre una illuminante ricostruzione in materia di inadempimento delle convenzioni urbanistiche, affermando che “*a) al fine di individuare quali sono i legittimati passivi in caso di inadempimento è necessario, in via preliminare, definire la natura giuridica delle obbligazioni derivanti dalla convenzione stipulata con l'ente locale; b) al riguardo, le convenzioni urbanistiche hanno lo scopo di garantire che all'edificazione del territorio corrisponda non solo l'approvvigionamento delle dotazioni minime di infrastrutture pubbliche, ma anche il suo equilibrato inserimento in rapporto al contesto di zona che, nell'insieme, garantiscano la normale qualità del vivere in un aggregato urbano discrezionalmente, e razionalmente, individuato dall'autorità preposta alla gestione del territorio (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 6 novembre 2009, n. 6947); c) è in quest'ottica che devono essere letti ed interpretati gli obblighi dedotti nelle convenzioni urbanistiche e, per tale motivo, la Corte di cassazione ha sempre affermato che l'obbligazione assunta di provvedere alla realizzazione delle opere di urbanizzazione da colui che stipula una convenzione edilizia è di natura propter rem (cfr. Cass. civ., Sez. I, 20 dicembre 1994, n. 10947; nonché Cass. civ., Sez. II, 26 novembre 1988, n. 6382); d) la natura reale dell'obbligazione comporta dunque che all'adempimento della stessa saranno tenuti non solo i soggetti che stipulano la convenzione, ma anche quelli che richiedono la concessione, quelli che realizzano l'edificazione ed i loro aventi causa (cfr. Cass. civ., 15 maggio 2007, n. 11196; Cass. civ., Sez. II, 27 agosto 2002, n. 12571); e) in senso conforme è la giurisprudenza amministrativa, secondo la quale l'assunzione, all'atto della stipulazione di una convenzione di lottizzazione, dell'impegno - per sé, per i propri eredi e per gli altri aventi causa - di realizzare una serie di opere di urbanizzazione del territorio e di costituire su una parte di quelle aree una servitù di uso pubblico, dà luogo ad una obbligazione propter rem, che grava quindi sia sul proprietario del terreno che abbia stipulato la convenzione di lottizzazione, sia su coloro che abbiano richiesto il rilascio della concessione edilizia nell'ambito della lottizzazione, sia infine sui successivi proprietari della medesima res (T.a.r. Trento, sez. I, 6 novembre 2014, n. 394; in senso conforme, T.a.r. Campania, Napoli, sez. II, 9 gennaio 2017, n. 187; T.a.r. Campania, Napoli, Sez. VIII, 16 aprile 2014, n. 2170; T.a.r. Lombardia, Brescia, 1 giugno 2007, n. 467; T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, 29 ottobre 2004, n. 3011), per cui l'avente causa del lottizzante assume tutti gli oneri a carico di quest'ultimo in sede di convenzione di lottizzazione, compresi quelli di urbanizzazione ancora dovuti (T.a.r. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 12 settembre 2013, n. 747), risultando inopponibile all'Amministrazione qualsiasi previsione contrattuale dal contenuto opposto e qualsiasi vicenda di natura civilistica riguardanti i beni in questione; f) invero, il meccanismo dell'ambulatorietà passiva dell'obbligazione, proprio della natura propter rem, non trasforma ex se gli aventi causa dei lottizzanti in “parti” a pieno titolo del rapporto convenzionale, ma li rende semplicemente corresponsabili nell'esecuzione degli impegni presi (T.a.r., Brescia, sez. I, 23 giugno 2017, n. 843)”.*

4 Sul punto, è chiarificatrice la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 30 dicembre 2022, n. 11734, nella quale si afferma che “*avendo il privato una posizione qualificata e differenziata in quanto parte dell'accordo, in presenza di una istanza di riesame dei contenuti della convenzione, motivata in ragione di circostanze sopravvenute, è ben possibile configurare un obbligo di provvedere, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, in capo alla controparte pubblica che non necessariamente sarà tenuta ad assicurare il bene della vita cui aspira la parte privata ma che dovrà, in ogni caso, istruire l'istanza e motivare le proprie determinazioni nel rispetto del canone generale di ragionevolezza e di proporzionalità*”.

re, di lottizzazione, veniamo, dunque, all'analisi della sentenza n. 9014/2024 del Consiglio di Stato, che si incentra, in particolare, sulla legittimità di silenzio e inerzia serbati dal Comune a fronte di un'istanza di rinegoziazione presentata dai privati.

2. I fatti di causa.

I fatti di causa vedono un Comune approvare, con deliberazione consiliare, un programma integrato di intervento per realizzare un "Borgo giardino" residenziale.

I proprietari delle aree interessate dal PII e l'allora promissaria acquirente di alcuni lotti, hanno sottoscritto con il Comune una convenzione urbanistica.

La ricorrente, diventata proprietaria di circa i tre quinti di un sub comparto, in esecuzione degli obblighi contrattuali assunti, consegnava al Comune polizza fideiusoria.

Con ricorso al T.a.r. per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, la ricorrente ha chiesto di accertare l'intervenuta scadenza della convenzione per decorso del termine decennale di validità della stessa, tenuto conto delle proroghe di legge via via intervenute, con esclusione di quelle non applicabili al caso di specie. Conseguentemente, ha chiesto di essere liberata dagli obblighi relativi alla realizzazione delle opere di urbanizzazione dedotte in convenzione, con impossibilità per il Comune di escutere la polizza fideiussoria prestata a garanzia dell'adempimento di tali obbligazioni.

Il T.a.r. Brescia ha respinto il ricorso, con sentenza poi confermata dal Consiglio di Stato, sez. IV, n. 8328 del 2023.

Nel frattempo, la ricorrente vendeva i terreni del sub comparto di proprietà. Il giorno stesso, l'acquirente li rivendeva ad un nuovo acquirente, il quale provvedeva a venderli ad un successivo acquirente.

Poiché nella predetta sentenza del Consiglio di Stato si afferma che è in astratto configurabile, in applicazione del principio di buona fede e correttezza, un obbligo di rinegoziazione dei contenuti della convenzione di lottizzazione in capo al Comune, in presenza di circostanze rilevanti sopravvenute, la prima e l'ultimo proprietario hanno presentato al Comune una istanza in tal senso e, avendo il Comune omesso di procedere al suo esame, hanno adito il T.a.r. di Brescia ai sensi dell'art. 31 c.p.a. per vedere dichiarare l'obbligo di provvedere sulla stessa istanza.

Con sentenza, il T.a.r. di Brescia ha respinto il ricorso, sul presupposto che non sussisterebbero circostanze sopravvenute idonee a giustificare la rinegoziazione della convenzione sottoscritta, essendo quelle addotte relative ad accadimenti tutti oggetto di esame nell'ambito del contenzioso definito con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 8328 del 2023 e come tali inidonee a far sorgere un obbligo di provvedere in capo al Comune.

Avverso tale sentenza, è stato proposto appello per chiederne la riforma in quanto errata in diritto per "*error in iudicando in merito alla presunta "non rilevanza" delle circostanze sopravvenute alla base dell'istanza di rinegoziazione - violazione del principio di separazione dei poteri e dell'art. 31 c.p.a. - violazione dell'art. 48 della l.r. n. 31/2008 - travisamento dei fatti e dei presupposti - contraddittorietà della motivazione*".

Le doglianze, in particolare, si fondano sul fatto che il T.a.r. avrebbe omesso di valorizzare una serie di circostanze sopravvenute che bene avrebbero dovuto indurre il Comune ad esaminarle, al fine di acclarare l'eventuale sussistenza di spazi per una modifica del contenuto della convenzione di lottizzazione: il T.a.r. avrebbe errato in quanto, anziché limitarsi ad accertare la sussistenza di circostanze sopravvenute rilevanti ai fini dell'obbligo di procedere, si sarebbe spinto a valutarne la portata laddove la loro idoneità a giustificare la rinegoziazione costituirebbe il merito della valutazione riservata al Comune.

In definitiva, il T.a.r. pur avendo, correttamente, riconosciuto che le circostanze

ivi indicate fossero “sopravvenute”, le avrebbe, erroneamente, ritenute “non rilevanti”, sostituendosi in una valutazione riservata al Comune, in violazione dell’articolo 31, comma 3, c.p.a., perché il giudizio circa l’opportunità o meno di rinegoziare i contenuti di una convenzione urbanistica rappresenterebbe un’attività ampiamente discrezionale che, nel rispetto del principio della separazione dei poteri, compete all’amministrazione, non al giudice.

3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato.

L’appello, secondo il Consiglio di Stato, è infondato.

Preliminarmente, viene disattesa l’eccezione di tardività del deposito della memoria conclusiva del Comune sollevata dalla difesa della appellante.

Venendo al merito della controversia, il Collegio, in primo luogo, chiarisce l’oggetto del giudizio, riconoscendolo nella verifica della sussistenza dell’obbligo di provvedere su di un’istanza di rinegoziazione di una convenzione di lottizzazione.

In via preliminare e generale, osserva il Collegio che, nel tempo, il giudice amministrativo ha progressivamente ampliato i presupposti per la sua configurabilità: la maggiore apertura si ricollega ad una nuova consapevolezza circa lo statuto giuridico della relazione procedimentale (su cui, di recente, si è pronunciata l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 7 del 2021⁽⁵⁾) in quanto soggetta non solo alle c.d. regole di validità degli atti ma anche a quelle di comportamento (sullo specifico tema, si è pronunciata l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5 del 2018⁽⁶⁾), tra cui campeggia l’obbligo di buona fede, da tempo ritenuto cogente anche nell’ambito del diritto pubblico, quale regola generale non solo di interpretazione, ma avente anche una concorrente funzione correttiva ed integrativa delle relazioni giuridicamente rilevanti, obbligo che incombe su entrambe le parti e, sull’amministrazione, in ragione del suo ruolo “servente”, in funzione del soddisfacimento dei bisogni della comunità, in attuazione del principio solidaristico e di quello democratico.

Prosegue il Collegio, affermando che, inizialmente, l’obbligo di provvedere è stato ritenuto sussistente in presenza di specifiche norme di legge attributive di poteri per l’adozione di atti e provvedimenti, cui corrisponda una situazione soggettiva protetta,

5 Con la sentenza citata, la Plenaria ha affermato, in particolare, che “La responsabilità da inadempimento si fonda, ai sensi dell’art. 1218 cod. civ., sul non esatto adempimento della «prestazione» cui il debitore è obbligato in base al contratto.

Un vincolo obbligatorio di analogia portata non può essere configurato per la pubblica amministrazione che agisca nell’esercizio delle sue funzioni amministrative e quindi nel perseguimento dell’interesse pubblico definito dalla norma attributiva, che fonda la causa giuridica del potere autoritativo. Sebbene a quest’ultimo si contrapponga l’interesse legittimo del privato, la relazione giuridica che si instaura tra il privato e l’amministrazione è caratterizzata da due situazioni soggettive entrambe attive, l’interesse legittimo del privato e il potere dell’amministrazione nell’esercizio della sua funzione. In questo caso, quindi, è configurabile non già un obbligo giuridico in capo all’amministrazione – rapportabile a quello che caratterizza le relazioni giuridiche regolate dal diritto privato– bensì un potere attribuito dalla legge, che va esercitato in conformità alla stessa e ai canoni di corretto uso del potere individuati dalla giurisprudenza. Né la fattispecie in esame può essere ricondotta alla dibattuta, in dottrina come in giurisprudenza, nozione di “contatto sociale”, in quanto, a tacer d’altro, oltre a quanto osservato sulla natura del “rapporto amministrativo”, la relazione tra privato e amministrazione è comunque configurata in termini di “supremazia”, cioè da un’asimmetria che mal si concilia con le teorie sul “contatto sociale” che si fondano sulla relazione paritaria”.

6 La Plenaria, nell’occasione, ha chiarito che “Nell’ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione.

Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l’esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l’invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all’esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)”.

qualificata come tale dall'ordinamento e differenziata, ma non nei casi, ad esempio, di mera attività materiale (una recente riaffermazione del principio, si è avuta nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 maggio 2023, n. 5206⁽⁷⁾), di istanza di riesame dell'atto inoppugnabile per lo spirare del termine di decadenza (una recente riaffermazione del principio si è avuta con la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 16 aprile 2024, n. 3469; tra le pronunce meno recenti, si vedano, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, n. 69 del 1999; Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 355); di istanza manifestamente infondata (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, n. 6181 del 2000); di istanza di estensione "ultra partes" del giudicato (si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI n. 4592 del 2001).

La posizione della giurisprudenza⁽⁸⁾, di gran lunga dominante, aggiunge il Consiglio, era dunque nel senso di ritenere che "la fattispecie del c.d. silenzio-inadempimento riguarda le ipotesi in cui, di fronte alla formale richiesta di un provvedimento da parte di un privato - costituente atto iniziale di una procedura amministrativa normativamente prevista per l'emanazione di una determinazione autoritativa su istanza di parte - l'Amministrazione, titolare della relativa competenza, ometta di provvedere entro i termini stabiliti dalla legge; di conseguenza, l'omissione dell'adozione del provvedimento finale assume il valore di silenzio-inadempimento (o rifiuto) solo nel caso in cui sussista un obbligo giuridico di provvedere, cioè di esercitare una pubblica funzione attribuita normativamente alla competenza dell'organo amministrativo destinatario della richiesta, attivando un procedimento amministrativo in funzione dell'adozione di un atto tipizzato nella sfera autoritativa del diritto pubblico; presupposto per l'azione avverso il silenzio è, dunque, l'esistenza di uno specifico obbligo (e non di una generica facoltà o di una mera potestà) in capo all'Amministrazione di adottare un provvedimento amministrativo esplicito, volto ad incidere, positivamente o negativamente, sulla posizione giuridica e differenziata del ricorrente".

Più di recente, invece, rileva il Collegio, l'obbligo di provvedere è stato ritenuto sussistente anche in mancanza di una espressa disposizione normativa che tipizzi il potere del privato di presentare un'istanza e, dunque, anche in tutte le fattispecie particolari nelle quali "ragioni di giustizia e di equità" impongano l'adozione di un provvedimento ovvero le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni - qualunque esse siano - dell'Amministrazione (così, a partire dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318 e, ancora in precedenza, già Consiglio di Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7975).

Inoltre, aggiunge il Collegio, quanto alle istanze manifestamente infondate, l'art. 2, comma 1, della legge n. 241 del 1990 prevede oggi che le pubbliche amministrazioni "[...] Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedi-

7 Il Consiglio di Stato, nella sentenza indicata, ha precisato che "la fattispecie del c.d. silenzio-inadempimento riguarda le ipotesi in cui, di fronte alla formale richiesta di un provvedimento da parte di un privato - costituente atto iniziale di una procedura amministrativa normativamente prevista per l'emanazione di una determinazione autoritativa su istanza di parte - l'Amministrazione, titolare della relativa competenza, ometta di provvedere entro i termini stabiliti dalla legge; di conseguenza, l'omissione dell'adozione del provvedimento finale assume il valore di silenzio-inadempimento (o rifiuto) solo nel caso in cui sussista un obbligo giuridico di provvedere, cioè di esercitare una pubblica funzione attribuita normativamente alla competenza dell'organo amministrativo destinatario della richiesta, attivando un procedimento amministrativo in funzione dell'adozione di un atto tipizzato nella sfera autoritativa del diritto pubblico; presupposto per l'azione avverso il silenzio è, dunque, l'esistenza di uno specifico obbligo (e non di una generica facoltà o di una mera potestà) in capo all'Amministrazione di adottare un provvedimento amministrativo esplicito, volto ad incidere, positivamente o negativamente, sulla posizione giuridica e differenziata del ricorrente".

I presupposti per l'attivazione del rito speciale sono dunque sia l'esistenza di uno specifico obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione, sia la natura provvedimentale dell'attività oggetto della sollecitazione: il rito previsto dagli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo rappresenta infatti sul piano processuale lo strumento rimediabile per la violazione della regola dell'obbligo di agire in via provvedimentale sancita dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990".

8 Si veda, in particolare, Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2023, n. 5206 cit..

mento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.”; a conferma della *vis* espansiva dell’obbligo del *clare loqui* e della prevalenza del “diritto ad una risposta”, fosse anche di inammissibilità, rispetto al principio del buon andamento che, in chiave di efficienza ed economicità, osta al dispiego di attività amministrativa per l’esame di istanze palesemente infondate.

L’obbligo di provvedere, osserva il Consiglio di Stato, è stato ritenuto configurabile anche in relazione agli atti generali e, segnatamente, a quelli di pianificazione e di programmazione, sul presupposto che la preclusione all’esperibilità del rito sul silenzio non deriva dal mero carattere regolamentare o generale dell’atto di cui si invoca l’adozione, e tanto meno dalla discrezionalità, più o meno ampia, del potere, quanto dal fatto che, in ragione dell’ordinario rivolgersi di tali atti a una pluralità indifferenziata di soggetti destinatari, non individuabili *ex ante* e destinati anche a cambiare nel corso del tempo, è molto complessa e delicata l’opera di individuazione dei requisiti della legittimazione e dell’interesse a ricorrere in capo a chi si attivi per l’adozione di provvedimenti di tal natura (in senso favorevole, si è espresso il Consiglio di Stato, sez. IV, 17 dicembre 2018 n. 7090; Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 273 sulla approvazione di un piano cava; Cons. giust. amm. n. 905 del 2020; Cons. Stato, sez. V, 2 aprile 2020 n. 2212; Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2020 n. 7316, in materia di Piano degli interventi di contenimento e abbattimento del rumore; Corte cost., sentenze n. 176 del 2004, n. 355 del 2002, nonché n. 262 del 1997; *contra*, di recente, Consiglio di Stato, sez. III, 12 marzo 2024, n. 2357 ma con mera formula tralaticia).

Da ultimo, osserva il Collegio, il Consiglio di Stato⁽⁹⁾ è giunto a ritenere configurabile l’obbligo di provvedere alla adozione delle “opportune idonee” per prevenire il degrado degli habitat naturali.

In definitiva, pur in un quadro evolutivo articolato e progressivamente orientato a rafforzare il suddetto obbligo, afferma il Collegio, l’inerzia della Pubblica Amministrazione rileva, ai fini della configurabilità del silenzio inadempimento, solo nel caso in cui sussista in capo all’Amministrazione uno specifico obbligo di provvedere attraverso un atto tipizzato, gravitante nella sfera autoritativa della Pubblica Amministrazione, volto ad incidere in maniera positiva o negativa sulla posizione giuridica e differenziata del ricorrente (in termini, si è espresso recentemente, il Consiglio di Stato, con numerose pronunce: Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2023, n. 5206; Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2019, n. 5417; Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2024, n. 2357)⁽¹⁰⁾.

In altre parole, aggiunge il Collegio, deve sussistere uno specifico obbligo giuridico di provvedere e quindi l’attività non deve essere discrezionale nell’*an*; siffatto obbligo deve avere ad oggetto l’esercizio di un potere pubblico – e non di autonomia negoziale – ed il potere deve incidere su di una posizione giuridica qualificata e differenziata, a prescindere dalla natura del potere (discrezionale, di programmazione, di pianifica-

⁹ Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 2024, n. 3945.

¹⁰ Con la sentenza n. 2357 del 2024, in particolare, il Consiglio di Stato ha puntualizzato che “*L’inerzia della Pubblica Amministrazione rileva, ai fini del silenzio in parola, solo nel caso in cui viga in capo all’Amministrazione l’obbligo di provvedere attraverso un atto tipizzato, gravitante nella sfera autoritativa della Pubblica Amministrazione, volto ad incidere in maniera positiva o negativa sulla posizione giuridica e differenziata del ricorrente (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 5206/2023).*”

In altre parole, l’azione avverso il silenzio inadempimento ha quali presupposti, da un lato, l’esistenza di uno specifico obbligo di provvedere, dall’altro lato, la natura provvedimentale dell’attività oggetto dell’istanza.

Restano escluse dalla suddetta area degli obblighi di provvedere le istanze di autotutela (che rappresentano una mera denuncia ovvero sollecitazione ma che non generano un obbligo giuridico di provvedere), i poteri di alta amministrazione ovvero gli atti politici; ne restano, a maggior ragione, ragione esclusi gli atti amministrativi generali e quelli regolamentari.

Svolta la verifica sulla sussistenza di un obbligo a provvedere, è necessario svolgere un’ulteriore indagine che riguarda il termine di formazione del silenzio- inadempimento che si lega al termine per fare valere la pretesa in giudizio”.

zione) o dei caratteri dell'atto (puntuale o generale).

Il Collegio, dunque, prosegue l'*iter* argomentativo soffermandosi sulla sussistenza di un obbligo di provvedere, coercibile ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., in tema di conclusione degli accordi amministrativi – quelli, cioè, aventi un oggetto pubblico, compresi quelli sull'esercizio del potere discrezionale. Sul punto, afferma il Consiglio di Stato, si rinvengono precedenti sporadici.

A fronte di dubbi prospettati da C.G.A.R.S. 13 marzo 2014, n. 121 - ma in forma di *obiter dictum* e in fattispecie di accordo non avente ad oggetto l'esercizio di un potere - favorevole alla configurabilità dell'obbligo di provvedere sulla proposta di formazione di un accordo procedimentale ex art. 11 della legge n. 241 del 1990 è invece T.a.r. per la Liguria, sez. I, 25 giugno 2007, n. 1233⁽¹¹⁾ con ampio e condivisibile approfondimento sul punto.

In una fattispecie peculiare di accordi transattivi procedimentalizzati, analogo obbligo di provvedere è stato affermato – sinteticamente - dal Consiglio di Stato, con la sentenza 24 novembre 2011, n. 6244.

L'obbligo di provvedere – rilevante ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a. - è stato poi affermato, prosegue il Collegio, rispetto alla adozione del provvedimento finale, che segue la stipula di accordi procedimentali ex art. 11 della legge n. 241 del 1990, dal Consiglio di Stato, sez. III, 28 agosto 2013, n. 4309 e sez. IV, 15 maggio 2022, n. 2636.

Quindi, il Collegio ricorda che la questione è stata infine, di recente, approfondita dalla stessa quarta Sezione, con sentenza n. 4321 del 14 maggio 2024 dove l'obbligo di provvedere è stato confermato, in via generale, in presenza di fattispecie consensuali aventi ad oggetto l'esercizio di un potere pubblico. Al riguardo, è stato precisato che: "Anche in presenza di un esercizio consensuale del potere pubblico la legge o la buona fede possono prevedere un obbligo di provvedere, senza che ciò escluda la natura bilaterale che connota gli accordi; l'accordo in questione è infatti stipulato nell'esercizio di un potere pubblico, con la conseguenza che l'attributo indefettibile di tale situazione giuridica non è quello della libertà, proprio della autonomia negoziale, bensì della doverosità cui si ricollega l'obbligo di provvedere nei casi in cui sussista una posizione differenziata e qualificata di pretesa ad una pronuncia espressa sulla proposta di stipu-

11 Con la sentenza citata, il Tar Liguria ha chiaramente affermato che "l'attenzione va posta innanzitutto sulla natura della posizione soggettiva del privato autore di una proposta di accordo nei confronti della P.A. Se riguardata nel suo essere manifestazione di autonomia privata, la proposta formulata in seno ad un procedimento già avviato – secondo lo schema tipizzato dall'art. 11 – non fa sorgere in capo al proponente alcuna situazione giuridicamente tutelata; ma poiché essa rappresenta, al contempo, una manifestazione delle facoltà partecipative riconosciute al privato, è sul piano delle norme pubblicistiche che la posizione di quest'ultimo riceve una considerazione, che si concretizza nell'obbligo dell'amministrazione procedente di prendere quantomeno in esame la proposta, allo stesso modo di ogni altro possibile contributo reso dall'interessato nella forma della memoria scritta ai sensi dell'art. 10 della stessa legge n. 241: ne discende l'illegittimità dell'atto finale non preceduto da alcuna valutazione della proposta proveniente dal privato, il che non equivale, evidentemente, ad obbligo di accettazione, bensì ad onere di motivazione circa le ragioni che rendono la proposta inaccettabile, o comunque rendono preferibile nello specifico l'adozione di atti unilaterali.

A conclusioni analoghe deve pervenirsi per il caso di proposta formulata al di fuori del procedimento, la quale, oltre che il consueto aspetto di atto privatistico prenegoziale, presenta una connotazione particolare, che le deriva dall'essere rivolta a sollecitare alla P.A. l'esercizio dei suoi poteri, sia pure mediante il ricorso ad un modulo alternativo a quello autoritativo; poiché dunque la proposta di accordo, in termini più ampi, riflette l'esistenza di un sottostante interesse individuale, la cui soddisfazione necessita la mediazione dei pubblici poteri, essa si risolve in definitiva in una sollecitazione rivolta alla P.A. affinché quantomeno si attivi in ordine all'interesse manifestato dal privato, implicando l'insorgenza di un obbligo (non di accettare, ma) di prendere posizione, nella medesima ottica secondo cui, indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che impongono ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che, in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo diviene espressione del generalizzato dovere di correttezza e buona amministrazione gravante sull'amministrazione (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7955).

Appurato, in forza delle osservazioni pur sinteticamente svolte, la sussistenza di un onere per la P.A. di pronunciarsi sulla proposta di accordo comunque indirizzata – anche a prescindere dalla pendenza di un procedimento amministrativo – dal privato, è evidente che, laddove l'amministrazione, disattendendo la proposta, addivenga all'emanazione di un provvedimento unilaterale, all'interessato non resterà che l'impugnazione di quest'ultimo. Nel caso di assoluta inerzia della P.A. obblata, il rimedio sarà necessariamente quello del giudizio contro il silenzio [...]."

la dell'accordo¹²⁾.

In linea con i menzionati orientamenti, di recente la quarta Sezione ha poi fondato l'obbligo giuridico di valutare una eventuale istanza di rinegoziazione di una convenzione urbanistica, alla luce di fatti sopravvenuti rilevanti, sul principio di buona fede, ritenendo astrattamente esperibile l'azione avverso il silenzio (Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2022, n. 11734). Il Collegio evidenzia che, in tale precedente, in particolare, al punto 9.3.4., è stato chiarito che: "Ciò non implica che il proprietario sia obbligato in modo perpetuo a quanto previsto nella convenzione poiché, come il Comune può recedere dalla convenzione per sopravvenuti motivi di interesse pubblico ex art. 11, comma 4, della legge n. 241 del 1990, analogamente il privato può, in presenza di circostanze sopravvenute rilevanti, chiedere al Comune di rinegoziare i contenuti della convenzione o di singole sue parti, in applicazione del principio di buona fede e correttezza ex art. 1375 c.c., richiamato dall'art. 11, comma 2, della legge n. 241 del 1990, in forza del rinvio ivi contenuto ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti; inoltre, avendo il privato una posizione qualificata e differenziata in quanto parte dell'accordo, in presenza di una istanza di riesame dei contenuti della convenzione, motivata in ragione di circostanze sopravvenute, è ben possibile configurare un obbligo di provvedere, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, in capo alla controparte pubblica che non necessariamente sarà tenuta ad assicurare il bene della vita cui aspira la parte privata ma che dovrà, in ogni caso, istruire l'istanza e motivare le proprie determinazioni nel rispetto del canone generale di ragionevolezza e di proporzionalità."

A tale principio, ancora, si ispira il precedente della quarta Sezione n. 8328 del 2023 che viene in rilievo nel presente giudizio ed invocato dalla appellante a fondamento della dedotta violazione dell'obbligo di provvedere, a suo dire erroneamente esclusa dal T.a.r..

Tanto premesso in via di inquadramento generale della problematica, il Collegio è dell'avviso che la sentenza del T.a.r. abbia correttamente statuito la insussistenza, anche solo di un obbligo di procedere sull'istanza di rinegoziazione presentata dalla appellante.

Il Comune attende infatti l'esecuzione della convenzione di lottizzazione da 17 anni, ribadendo sempre il proprio interesse alla piena ed integrale attuazione dell'accordo che rappresenta un atto di pianificazione urbanistica di livello secondario in quanto attuativo del programma integrato di intervento (d'ora innanzi PII) per rea-

12 La Sezione, nella sentenza citata, ha specificato anche che il tema dell'obbligo di provvedere in capo alla P.A. è stato normalmente trattato dalla giurisprudenza amministrativa con riguardo all'esercizio unilaterale del potere pubblico. Tuttavia, si aggiunge che "Parte della giurisprudenza ha ritenuto sussistente l'obbligo di provvedere anche in mancanza di una espressa disposizione normativa che tipizzi il potere del privato di presentare un'istanza e, dunque, anche in tutte le fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano l'adozione di un provvedimento ovvero le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni - qualunque esse siano - dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2017, n. 3234; Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7975, Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318). Si tenga conto, inoltre, che la rilevanza del principio di buona fede nei rapporti di diritto pubblico ha trovato un formale riconoscimento anche da parte del legislatore con la modifica dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 ad opera dell'art. 12, comma 1, lettera Oa), della legge 11 settembre 2020, n. 120, il quale prevede che «i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

È bene aggiungere che ciò non significa che non operi il principio di legalità ma che l'obbligo di provvedere, alla luce della buona fede, si desume dal contesto normativo di disciplina del potere pubblico.

Nei procedimenti ad iniziativa d'ufficio, quali ad esempio quelli di natura pianificatoria, l'individuazione del momento temporale in cui si concretizza il dovere di provvedere assume connotati di maggiore complessità rispetto ai procedimenti ad iniziativa di parte, anche se deve ritenersi che i presupposti di fatto devono comunque risultare dalla legge attributiva del potere (si v. Corte cost. n. 176 del 2004, cit.).

Oggetto dell'obbligo di provvedere e, conseguentemente, le modalità del sindacato giurisdizionale dipendono dalla natura vincolata o discrezionale dell'attività amministrativa".

lizzare un “Borgo giardino” residenziale, approvato con deliberazione consiliare del dicembre 2006.

La realizzazione delle opere pubbliche dedotte in convenzione, aggiunge il Collegio, è altresì funzionale alla urbanizzazione dei lotti di proprietà degli altri contraenti (c.d. lottizzanti minori) che, allo stato, si vedono nella impossibilità di sfruttare i restanti due quinti del Sub-comparto oggetto del presente giudizio.

Il Collegio fa notare che il buon diritto dei lottizzanti minori alla attuazione della convenzione è stato anche riconosciuto dal T.a.r. Brescia con sentenza n. 843 del 2017 cui viene rinviato.

Pertanto, in tale situazione, secondo il Consiglio di Stato, non è configurabile alcun obbligo di buona fede e di cooperazione – finalizzato ad una rinegoziazione della convenzione - in capo al Comune che subisce una situazione di grave e persistente stallo, in pregiudizio dell’interesse pubblico alla corretta pianificazione dell’area.

Del resto, aggiunge il Collegio, è la stessa natura di accordo plurilaterale che osta ad una rinegoziazione della convenzione sui cui contenuti ed obblighi altre parti fanno, da tempo, affidamento per poter esercitare lo *ius aedificandi* inerente ai terreni in loro proprietà ricompresi nel medesimo sub comparto.

Inoltre, nel caso di specie non è configurabile alcuna circostanza sopravvenuta “rilevante” poiché tutti gli accadimenti richiamati dalla appellante (1) vincolo ambientale di inedificabilità parziale dell’area conseguente alla approvazione del PIF; 2) entrata in vigore della legge regionale n. 31/2014 sul contenimento del consumo del suolo; 3) presenza di rifiuti nel Sub-comparto da rimuovere preventivamente; 4) l’esigenza di dover realizzare un depuratore più grande di circa il doppio di quello originariamente previsto dal PII), per quanto successivi alla stipula della convenzione, sono stati tutti oggetto di attento scrutinio nei numerosi giudizi instaurati che hanno sempre escluso la loro idoneità ad incidere sulla validità e persistente efficacia della convenzione, peraltro a fronte di motivate prese di posizione del Comune che già in quella sede ha sempre eccepito la loro inidoneità a modificare il quadro degli obblighi e dei diritti nascenti dalla convenzione sottoscritta e quindi a poter giustificare una sua possibile rinegoziazione.

La loro irrilevanza, ricorda il Collegio, è stata dunque affermata dal T.a.r. non in assoluto, bensì rispetto alla tematica controversa della loro idoneità a generare un obbligo di provvedere sulla istanza di rinegoziazione: ciò vuol dire che, se resta ferma la vincolatività della convenzione, secondo i principi generali in materia di obbligazioni e contratti (in forza dell’art. 11 della legge n. 241 del 1990 che richiama tra i principi in materia di obbligazioni e contratti anche l’art. 1372 c.c.), la eventuale rilevanza delle disposizioni sopravvenute (ad esempio in chiave integrativa o modificativa della convenzione, con riferimento in particolare alle previsioni del PIF o alla normativa sul consumo di suolo) sarà valutata dalle parti, in applicazione dei consueti principi valevoli in materia (ad esempio di eterointegrazione dei contratti in forza di disposizioni di legge imperative sopravvenute); al contempo la eventuale incidenza di circostanze sopravvenute (smaltimento dei rifiuti, realizzazione di maggiori opere pubbliche con riguardo al depuratore) sul snallagma contrattuale potrà trovare risposta nei rimedi previsti in materia dalla disciplina generale sui contratti (risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, rescissione per lesione ecc...) pacificamente applicabile al caso di specie.

Non vi è stata, pertanto, secondo la Sezione, una ingerenza del T.a.r. in valutazioni di merito riservate al Comune circa la idoneità delle predette circostanze a giustificare una modifica della convenzione, bensì una verifica circa la manifesta infondatezza della pretesa delle società istanti di pervenire ad una modifica consensuale della convenzione nonostante il Comune avesse nel tempo assunto iniziative finalizzate alla sua attuazione e non alla sua modifica, sebbene fosse a conoscenza di tali circostanze

sopravvenute.

In definitiva, alla luce delle motivazioni che precedono, il Consiglio di Stato respinge l'appello, con conseguente integrale conferma della sentenza appellata.

* * * * *

Massime:

- a) In presenza di un esercizio consensuale del potere pubblico, la legge o la buona fede possono imporre un obbligo di provvedere, senza che ciò escluda la natura bilaterale che connota gli accordi. L'accordo in questione è infatti stipulato nell'esercizio di un potere pubblico, con la conseguenza che l'attributo indefettibile di tale situazione giuridica non è quello della libertà, proprio della autonomia negoziale, bensì della doverosità cui si ricollega l'obbligo di provvedere nei casi in cui sussista una posizione differenziata e qualificata di pretesa ad una pronuncia espressa sulla proposta di stipula dell'accordo.*
- b) In presenza di circostanze sopravvenute rilevanti, il privato può chiedere al Comune di rinegoziare i contenuti della convenzione urbanistica o di singole sue parti, in applicazione del principio di buona fede e correttezza ex art. 1375 c.c., richiamato dall'art. 11, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, in forza del rinvio ivi contenuto ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti. Inoltre, avendo il privato una posizione qualificata e differenziata in quanto parte dell'accordo, in presenza di una istanza di riesame dei contenuti della convenzione, motivata in ragione di circostanze sopravvenute, è ben possibile configurare un obbligo di provvedere in capo alla controparte pubblica che non necessariamente sarà tenuta ad assicurare il bene della vita cui aspira la parte privata ma che dovrà, in ogni caso, istruire l'istanza e motivare le proprie determinazioni nel rispetto del canone generale di ragionevolezza e di proporzionalità.*
- c) Non sussiste obbligo di provvedere del Comune sulla istanza di rinegoziazione di una convenzione di lottizzazione in presenza di circostanze sopravvenute rilevanti, qualora l'ente locale abbia in passato reiteratamente ribadito il proprio interesse alla piena e integrale attuazione dell'accordo, nei termini originariamente concordati, a fronte dell'inadempimento del lottizzante principale nella esecuzione delle opere di urbanizzazione. Difatti, in tale situazione non è configurabile alcun obbligo di buona fede e di cooperazione in capo al Comune che subisce una situazione di grave e persistente stallo, in pregiudizio dell'interesse pubblico alla corretta pianificazione dell'area. Peraltro, qualora le opere pubbliche dedotte in convenzione risultino funzionali alla urbanizzazione dei lotti di proprietà di altri contraenti (lottizzanti minori), è la stessa natura di accordo plurilaterale che osta ad una rinegoziazione della convenzione sui cui contenuti ed obblighi altre parti fanno, da tempo, affidamento per poter esercitare lo ius aedificandi inerente ai suoli in loro proprietà ricompresi nel medesimo comparto.”*

[Corte costituzionale, 29 ottobre 2024 n. 183](#)**Enti locali – Regione Umbria - Trasporti – Servizi locali – NCC – Taxi – Illegittimità – Requisito della residenza – Ruolo dei conducenti**

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 1, lettera i), della legge della Regione Umbria n. 17 del 1994, che prevedeva il requisito «*di essere residente in uno dei Comuni della Regione Umbria*» come necessario al fine dell'iscrizione nel ruolo dei conducenti per il servizio di taxi e per quello di noleggio di veicoli con conducente.

La disposizione censurata interviene sull'assetto individuato dal legislatore statale, alterando quell'equilibrio – tra il libero esercizio dell'attività di trasporto di persone mediante servizi pubblici non di linea e gli interessi pubblici interferenti con tale libertà – individuato dalla legge statale nell'esercizio della sua potestà legislativa esclusiva nella materia «*tutela della concorrenza*» (sentenze n. 36 del 2024, n. 56 del 2020, n. 265 e n. 30 del 2016). Tale assetto è capace di condizionare anche la potestà legislativa che le regioni possono esercitare nelle materie che ora sono di carattere residuale, «*potendo influire su queste ultime fino a incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro cui si estendono, sia pure nei limiti strettamente necessari per assicurare gli interessi alla cui garanzia la competenza statale esclusiva è diretta*» (così, ancora, sentenza n. 56 del 2020). La disposizione, infatti, esibisce una contraddittorietà intrinseca tra la regola concernente la residenza che essa introduce, preclusiva della stessa presentazione della domanda di partecipazione all'esame per l'iscrizione nel ruolo dei conducenti, e la «causa» normativa che la deve assistere. Quest'ultima si ricava dall'esame della complessiva legge reg. Umbria n. 17 del 1994, che risulta improntata, conformemente alla legge quadro statale, alla strutturazione dell'esame come momento destinato ad accertare, anche a tutela dell'utenza, le specifiche idoneità tecniche (tra cui anche la conoscenza geografica e toponomastica del territorio) e le attitudini morali del soggetto aspirante al futuro svolgimento dell'attività in questione.

[Corte costituzionale, 3 dicembre 2024 n. 192](#)**Legge n. 86 del 2024 - Autonomia differenziata – Regioni a statuto ordinario – Incostituzionalità parziale – Livelli essenziali delle prestazioni**

La Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di costituzionalità dell'intera legge sull'autonomia differenziata delle regioni ordinarie (n. 86 del 2024), considerando invece illegittime specifiche disposizioni dello stesso testo legislativo.

L'art. 116, terzo comma, della Costituzione (che disciplina l'attribuzione alle regioni ordinarie di forme e condizioni particolari di autonomia) deve essere interpretato nel contesto della forma di Stato italiana. Essa riconosce, insieme al ruolo fondamentale delle regioni e alla possibilità che esse ottengano forme particolari di autonomia, i principi dell'unità della Repubblica, della solidarietà tra le regioni, dell'eguaglianza e della garanzia dei diritti dei cittadini, dell'equilibrio di bilancio.

La distribuzione delle funzioni legislative e amministrative tra i diversi livelli territoriali di governo, in attuazione dell'art. 116, terzo comma, non debba corrispondere

all'esigenza di un riparto di potere tra i diversi segmenti del sistema politico, ma debba avvenire in funzione del bene comune della società e della tutela dei diritti garantiti dalla nostra Costituzione. A tal fine, è il principio costituzionale di sussidiarietà che regola la distribuzione delle funzioni tra Stato e regioni. In questo quadro, l'autonomia differenziata deve essere funzionale a migliorare l'efficienza degli apparati pubblici, ad assicurare una maggiore responsabilità politica e a meglio rispondere alle attese e ai bisogni dei cittadini.

Spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua discrezionalità, colmare i vuoti derivanti dall'accoglimento di alcune delle questioni sollevate dalle ricorrenti, nel rispetto dei principi costituzionali, in modo da assicurare la piena funzionalità della legge.

La Corte resta competente a vagliare la costituzionalità delle singole leggi di differenziazione, qualora venissero censurate con ricorso in via principale da altre regioni o in via incidentale.

* * *

[Corte Suprema di Cassazione, Sez. Lavoro, 10 settembre 2024, n. 24289](#)

Lavoro pubblico – Pubblico impiego – Funzioni locali – Trasferimento – Inquadramento – Trattamento economico

In tema di pubblico impiego privatizzato, nel caso di passaggio di lavoratori da un'amministrazione ad altra ex art. 31 D. Lgs. n. 165 del 2001, devono essere assicurati la continuità giuridica del rapporto e il mantenimento del trattamento economico, il quale, ove superiore a quello spettante presso l'ente di destinazione, va calcolato applicando la regola del riassorbimento degli assegni *ad personam* attribuiti in occasione dei miglioramenti di inquadramento e di trattamento economico riconosciuti a seguito del trasferimento. Il lavoratore dell'Ente sviluppo agricolo siciliano che, ai sensi dell'art. 7 della legge Regione Sicilia n. 19 del 2005, sia trasferito alle dipendenze dell'Agenzia regionale per i Rifiuti e le Acque, mantiene il diritto a conservare, se maggiore, il livello del trattamento economico precedente; tale trattamento economico va calcolato tenendo conto di tutti gli elementi della retribuzione la corresponsione dei quali sia certa nell'*an* e nel *quantum* e, quindi, anche del trattamento di Anzianità professionale edile, c.d. APE, previsto dall'art. 29 CCNL per le imprese edili ed affini del 20 maggio 2004 e legittimamente dovuto allo stesso lavoratore fino al momento del suo passaggio alla P.A. di destinazione, fatto salvo l'effetto del riassorbimento, che opererà sulla medesima retribuzione nella sua globalità e non sulle singole voci di questa.

[Corte Suprema di Cassazione, Civile, Sez. III, 28 ottobre 2024 n. 27753](#)

Pubblica amministrazione – Ingiustificato arricchimento - Azione ex art. 2041 c.c. - Assenza di *utilitas* della prestazione - Necessità di fornire la prova contraria - Insussistenza

Chi agisce a norma dell'art. 2041 cod. civ. il proprio depauperamento (e il contestuale arricchimento della Pubblica Amministrazione), l'accoglimento dell'iniziativa dallo stesso assunta incontra il solo "limite del divieto di arricchimento imposto", giacché "il diritto fondamentale di azione del depauperato" deve "adeguatamente coniugarsi con l'esigenza, altrettanto fondamentale, del buon andamento dell'attività amministrativa, affidando alla stessa pubblica amministrazione l'onere di eccepire e provare il rifiuto dell'arricchimento o l'impossibilità del rifiuto per la sua inconsapevolezza".

A stretto rigore, poi, non solo l'impoverito non deve provare alcuna utilità della P.A. in cui favore ha eseguito le sue prestazioni, ma neppure ha l'onere di dimostrare la regolarità dell'esecuzione di quelle, se non altro quando, come pare prospettato nella

specie, quelle prestazioni pacificamente siano state rese: pertanto, i risultati di queste vanno valutati nella loro ontologica consistenza e, cioè, al fine di determinare l'entità concreta dell'arricchimento (benché una loro eventuale scorretta esecuzione possa diminuire tale entità); e sempre salvo il caso del cosiddetto arricchimento imposto, che non può riconoscersi.

[Corte Suprema di Cassazione, Civile, Sezioni Unite, 5 dicembre 2024, n. 31137](#)

Giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti - Proscioglimento nel merito del pubblico dipendente - Liquidazione delle spese defensionali - Giurisdizione del giudice contabile - Richiesta di liquidazione integrativa - Ammissibilità - Giurisdizione del giudice ordinario.

In relazione alla domanda di rimborso delle spese legali sostenute dai soggetti sottoposti a giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti e risultati prosciolti nel merito, la regolamentazione delle spese processuali, da porre a carico dell'amministrazione di appartenenza, spetta al giudice contabile, ma la parte ha diritto all'intero esborso sostenuto e la relativa statuizione - attinente al rapporto sostanziale fra amministrazione e dipendente - esula dalla giurisdizione contabile e appartiene a quella del giudice del rapporto di lavoro e, quindi, di regola, al giudice ordinario.

[Corte Suprema di Cassazione, Civile, Sez. Tributaria, 9 dicembre 2024, n. 31597](#)

Enti locali - Tributi locali - IMU - Riduzione - Immobili inagibili - Buona fede

L'affermazione secondo cui la riduzione dell'IMU va riconosciuta, in base al principio di buona fede e di leale collaborazione tra le parti e anche in assenza di specifica dichiarazione, qualora lo stato di inagibilità sia noto al Comune, richiede la prova della conoscenza da parte dell'ente dello stato di inagibilità ed inutilizzabilità delle unità immobiliari oggetto dell'accertamento.

In tema di IMU e nell'ipotesi di immobile inagibile, l'imposta va ridotta, ai sensi dell'art. 13, comma 3, del d.l. n. 201 del 2011 (conv. con modif. dalla l.n. 214 del 2011), nella misura del 50 per cento anche in assenza di richiesta del contribuente quando lo stato di inagibilità è perfettamente noto al Comune, tenuto conto del principio di collaborazione e buona fede che deve improntare i rapporti tra ente impositore e contribuente di cui è espressione anche la regola secondo cui a quest'ultimo non può essere chiesta la prova di fatti già documentalmente noti al Comune.

* * *

[Consiglio di Stato, sez. IV, 11 giugno 2024, n. 5241](#)

Provvedimento amministrativo - Conferenza di servizi - Provvedimento autorizzatorio unico regionale (PAUR) - Natura giuridica - Effetti - Rapporti con VIA e titoli abilitativi

Il provvedimento autorizzatorio unico regionale (PAUR) di cui all'art. 27-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (codice dell'ambiente) non assorbe i singoli titoli autorizzatori necessari alla realizzazione dell'opera e non sostituisce i diversi provvedimenti emessi all'esito dei procedimenti amministrativi, di competenza eventualmente anche regionale, ma li ricomprende nella determinazione che conclude la conferenza di servizi. Esso include in un unico atto i singoli titoli abilitativi che vengono rilasciati all'interno della conferenza di servizi, non rappresenta un atto sostitutivo, bensì comprensivo delle singole autorizzazioni.

Nel procedimento delineato dall'art. 27-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (codice dell'ambiente), i provvedimenti di valutazione di impatto ambientale e i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione e l'esercizio del progetto mantengono la propria autonomia formale rispetto al provvedimento autorizzatorio unico regionale (PAUR) che non realizza un effetto sostitutivo pieno e, pertanto, qualora risultino lesivi devono costituire oggetto di espressa impugnazione.

[Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sez. giurisdizionale, 5 agosto 2024, n. 620](#)

Principio dell'autonomia finanziaria dei Comuni – Normativa Regione siciliana – Trasferimento di funzioni ad ente territoriale – Principio di correlazione fra funzioni e risorse – Trasferimento in concessione d'uso temporaneo degli impianti idrici, fognari e depurativi di proprietà dei consorzi ASI in liquidazione – Questioni di legittimità costituzionale

Nel nostro ordinamento vige il principio di autonomia finanziaria dei Comuni, espressamente declinato sia dall'art. 119 Cost. sia dai singoli statuti delle Regioni speciali e, con specifico riferimento alla Regione Siciliana, dall'art. 15, secondo comma, del relativo Statuto, secondo cui "l'ordinamento degli enti locali si basa nella Regione stessa sui Comuni e sui liberi Consorzi comunali, dotati della più ampia autonomia amministrativa e finanziaria".

Uno dei principali corollari di tale principio è quello secondo cui, ad ogni trasferimento di funzioni ad un ente territoriale, deve corrispondere un adeguato trasferimento (o un'attribuzione) di risorse economico-finanziarie per farvi fronte.

Il principio di correlazione fra funzioni e risorse (così ormai correntemente definito in teoria generale) è desumibile, oltre che dalla logica giuridica (e, quindi, dal principio di ragionevolezza, al quale la Corte costituzionale attribuisce, da sempre, valore fondamentale), dall'intero assetto del Titolo V della Carta costituzionale e, in particolare, dai commi primo, quinto e sesto dell'art. 119 della Costituzione, disposizioni costituzionali che nella misura in cui (e nelle parti nelle quali) mirano a garantire uno standard minimo di tutela in favore degli Enti locali – e dunque un valore costituzionale di base – sono ad essi comunque applicabili (e da essi invocabili) a prescindere da ogni delimitazione territoriale, il che risponde al criterio metodologico secondo cui agli enti locali ubicati nelle Regioni a statuto speciale non può essere riconosciuta una autonomia finanziaria inferiore rispetto a quella devoluta agli enti ubicati nelle Regioni a statuto ordinario.

È rilevante e non manifestamente infondata, in relazione all'articolo 119, commi primo, quarto, quinto e sesto, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 2, lett. c-bis), della l.r. siciliana n. 8 del 2012, laddove il predetto articolo 19, comma 2, lett. c-bis), secondo periodo, prevede il trasferimento, in concessione d'uso temporaneo, degli impianti idrici, fognari e depurativi di proprietà dei consorzi ASI in liquidazione, prioritariamente al Comune nel cui territorio è ubicato l'impianto di depurazione, o al Comune che risulti maggior utilizzatore del relativo impianto, con i connessi obblighi di gestione e manutenzione dei predetti impianti, senza prevedere una contestuale e adeguata provvista finanziaria in favore del medesimo comune concessionario.

[Consiglio di Stato, sez. III, 12 agosto 2024, n. 7089](#)

Assistenza scolastica – Alunno minore disabile – Piano educativo individualizzato – Risorse disponibili – Discrezionalità – Ore di sostegno didattico e misure di sostegno ulteriori

È legittimo il provvedimento del Comune che assegni un numero di ore di assistenza scolastica per la promozione dell'autonomia e della comunicazione dell'alunno minore con disabilità in misura inferiore a quanto indicato nel piano educativo individualizzato (P.E.I.) e richiesto dal dirigente scolastico, non essendo il P.E.I. vincolante per l'ente locale, in capo al quale residua un margine di apprezzamento discrezionale, da esercitarsi con prudente equilibrio, a mente del rango fondamentale dei diritti sottesi alle misure di inclusione scolastica, in relazione al complesso delle risorse disponibili.

Le ore di sostegno didattico rientrano fra le funzioni scolastiche *stricto sensu*, di competenza dell'ufficio scolastico regionale (USR), mentre le misure di sostegno ulteriori rispetto a quelle didattiche, tra le quali le misure di assistenza scolastica di competenza dei Comuni, sono quelle per le quali i Comuni attribuiscono le risorse complessive secondo le modalità attuative e gli standard qualitativi previsti nell'apposito accordo concluso in sede di conferenza unificata.

In relazione alle ore di sostegno didattico, il P.E.I. non vincola il dirigente scolastico, seppure il suo apprezzamento non involga l'indisponibilità di insegnanti di sostegno e di risorse economiche, ma solo ragioni obiettive che possono consistere nella manifesta irragionevolezza, erroneità, contraddittorietà della documentazione, o nella possibilità che a fronte di due o più alunni disabili nella stessa classe, sia concretamente sufficiente un unico insegnante di sostegno per tutti.

[Consiglio di Stato, sez. V, 12 agosto 2024 n. 7099](#)

Apertura sale da gioco – Attività di gestione delle scommesse lecite – Parificazione – Distanza da luoghi sensibili – Tutela della salute – Normativa Regione Umbria – Interpretazione logica e sistematica

L'art. 6 c. 1 della legge della Regione Umbria n. 21 del 2014 (come modificata dall'art. 3, comma 1, della legge Regione Umbria n. 7 del 2016), prevede che «[a]l fine di tutelare i soggetti maggiormente vulnerabili e di prevenire fenomeni di gioco d'azzardo patologico, è vietata l'apertura di sale da gioco e la nuova collocazione di apparecchi per il gioco lecito in locali che si trovino a una distanza inferiore a cinquecento metri da istituti scolastici di ogni ordine e grado, strutture residenziali o semi-residenziali operanti in ambito sanitario o socio-sanitario, luoghi di culto, centri socio-ricreativi e sportivi, centri di aggregazione giovanile o altre strutture frequentate principalmente da giovani»; il comma 2 del medesimo articolo statuisce che «[i] comuni possono individuare altri luoghi sensibili in cui si applicano le disposizioni di cui al comma 1, tenuto conto dell'impatto dell'apertura delle sale da gioco e della collocazione degli apparecchi per il gioco sul contesto e sulla sicurezza urbana, nonché dei problemi connessi con la viabilità, l'inquinamento acustico e il disturbo della quiete pubblica». Dal riferimento testuale alle «sale da gioco» e agli «apparecchi per il gioco» se ne dovrebbe dedurre che il divieto di apertura dei locali, cui fa riferimento la legge regionale, riguarda esclusivamente le slot machine regolate dall'art. 110, comma 6, lett. a) del T.U.L.P.S., non bensì l'esercizio di attività di scommesse ippiche e sportive disciplinate dall'art. 88, T.U.L.P.S.

Ai fini della tutela della salute (art. 32 Cost.), l'attività di gestione delle scommesse lecite, prevista dall'art. 88 del R.D. n. 773 del 1931, è parificata alle sale da gioco invece disciplinate dal precedente art. 86. Le norme attuative della singola legge regionale, pertanto, devono essere interpretate secondo una interpretazione logica e sistematica e, malgrado le espressioni letterali impiegate, non possono che essere riferite «*ad entrambe le attività, fonti entrambi di rischi di diffusione della ludopatia*».

Dunque i limiti distanziometrici si applicano anche alle agenzie delle scommesse,

non essendo decisivo né discrezionale, in senso contrario, il fatto che la legge regionale e il regolamento comunale sembrino riferirsi letteralmente alle sole sale da gioco e non alle agenzie per le scommesse ai fini delle distanze dai luoghi sensibili perché, se il legislatore regionale, per ipotesi (e irragionevolmente), avesse voluto davvero circoscrivere l'applicabilità di cui all'art. 2 della L.R. n. 17 del 2012 alle sole sale da gioco, avrebbe menzionato solo le sale da gioco al comma 2 dell'art. 1 e non anche il "gioco lecito", più in generale, e avrebbe usato una dizione non equivoca utilizzando espressioni come "esclusivamente", "unicamente", riferite alle sale da gioco».

Una diversa interpretazione porrebbe, inoltre, seri dubbi di costituzionalità derivanti non solo dall'apparente contrasto tra la legislazione regionale e quella nazionale (art. 7, comma 10, del decreto-legge, 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, in legge 8 novembre 2012, n. 189), ma anche con l'art. 32 Cost. e con il diritto alla salute, che ovviamente prevale sul pur rilevante valore dell'art. 41 Cost., in quanto le attività economiche non possono svolgersi in contrasto con la tutela della dignità umana e con l'applicazione delle distanze rispetto ai luoghi sensibili proprio a tutela della salute dei soggetti più esposti al rischio della ludopatia, che costituisce una minaccia grave alla dignità della persona umana, meritevole della massima protezione proprio a difesa dell'integrità psicofisica dei soggetti più vulnerabili e, in quanto tali, esposti al rischio del gioco d'azzardo patologico.

[Consiglio di Stato, sez. VII, 23 agosto 2024, n. 7220](#)

Enti territoriali – Municipi e Dipartimenti – Competenze gestionali – Funzioni di indirizzo politico-amministrativo e attività di gestione dell'Ente – Criteri di riparto – Competenza dirigenziale all'emanazione di un provvedimento

Il riparto delle competenze tra strutture dipartimentali e strutture municipali si ispira al criterio funzionale o a quello della materia o ancora a quello territoriale, ma, in molti casi, si sovrappone una duplicazione di competenze, potendo queste afferire sia alla sfera di gestione dei Municipi, sia a quella dei Dipartimenti, sicché il discriminante ultimo è dato dall'assegnazione del bene: se il bene non risulta assegnato al Municipio, le competenze gestionali sullo stesso vengono esercitate dal Dipartimento Patrimonio.

Con riferimento alla competenza dirigenziale all'emanazione di un provvedimento, si deve evidenziare la prevalenza delle disposizioni del d.lgs. n. 267/2000 (TUEL) sulle eventuali contrarie previsioni regolamentari del Comune, in forza del criterio di gerarchia.

L'art. 107 del TUEL stabilisce il principio della divisione tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo e l'attività di gestione dell'Ente. Il suddetto principio comporta che l'adozione di un provvedimento di gestione amministrativa, in cui si tratta di un atto di gestione del patrimonio immobiliare dell'Ente, debba intendersi riservata, anche qualora sia richiesto l'esperimento di accertamenti o valutazioni di natura discrezionale, alla competenza dei dirigenti dell'Ente locale o, nei Comuni privi di dirigenti, ai responsabili dei servizi e degli uffici.

Invero, dall'art. 107, commi 3 e 6, TUEL, emerge che ai dirigenti è attribuita tutta la gestione, amministrativa, finanziaria e tecnica, comprensiva dell'adozione di tutti i provvedimenti, anche discrezionali, incluse le autorizzazioni e concessioni (e quindi anche i loro simmetrici atti negativi), e su di essi incombe la diretta ed esclusiva responsabilità della correttezza amministrativa di tale gestione.

[Consiglio di Stato, sez. IV, 30 agosto 2024, n. 7314](#)

Ambiente – V.I.A. – Verifica di assoggettabilità – Conferimento da parte delle Regioni ai Comuni – Legittimità

È legittimo il conferimento da parte delle Regioni ai Comuni di funzioni in materia

di verifica di assoggettabilità a V.I.A. (c.d. screening), ai sensi dell'art. 7-bis, comma 8, del d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006 (codice dell'ambiente), che espressamente la prevede per le funzioni in materia di V.I.A., in quanto lo screening partecipa della medesima natura della V.I.A. ed è disciplinato nell'ambito del titolo III della parte I del codice dell'ambiente, complessivamente dedicato alla "valutazione di impatto ambientale".

[Consiglio di Stato, sez. VII, 4 settembre 2024, n. 7382](#)

Pianificazione urbanistica – Ratio – Competenze comunali e regionali – Modifiche obbligatorie, concordate e facoltative – Discrezionalità – Onere motivazionale – Eccesso di potere

Il Piano regolatore generale comunale, così come qualsivoglia strumento urbanistico, discende dalla concorrente ma autonoma valutazione di due diverse autorità, quali il Comune e la Regione e, nell'ambito del relativo procedimento, il ruolo del Comune è, in linea di principio, preponderante, in quanto ad esso spetta l'iniziativa e la formulazione di una compiuta proposta, mediante l'adozione del progetto di piano; alla Regione, invece, spetta non solo di negare l'approvazione, ma anche di approvare il piano apportandogli, entro certi limiti e condizioni, modifiche non accettate dal Comune, così come prevede la disciplina di principio contenuta dall'art. 10 della L. 17 agosto 1942 n. 1150 e successive modifiche.

L'art. 10 della L. n. 1150 del 1942 e successive modifiche di per sé prevede che la Regione, all'atto dell'approvazione dello strumento urbanistico, può apportare a quest'ultimo le modifiche che non comportino sostanziali innovazioni, le modifiche conseguenti all'accoglimento di osservazioni presentate al piano ed accettate con deliberazione del Consiglio comunale, nonché le modifiche riconosciute indispensabili per assicurare il rispetto delle previsioni del piano territoriale regionale di coordinamento, la razionale sistemazione delle opere e degli impianti di interesse dello Stato, la tutela del paesaggio e dei complessi storici, monumentali, ambientali e archeologici, nonché l'adozione di standard urbanistici minimi.

Le modifiche cc.dd. "obbligatorie" dello strumento urbanistico (e, cioè, quelle indispensabili per la tutela del territorio), modifiche cc.dd. "concordate" (ossia conseguenti all'accoglimento di osservazioni da parte della Regione) e modifiche cc.dd. "facoltative", le quali ultime, ai sensi del medesimo art. 10 della L. n. 1150 del 1942 e successive modifiche, non possono incidere sulle caratteristiche essenziali del piano stesso e sui suoi criteri di impostazione.

Alla Regione è consentito, all'atto di approvazione dello strumento urbanistico, apportare modifiche allo stesso per assicurare il rispetto di altri strumenti di pianificazione regionali e per la tutela del paesaggio e dei complessi storici, monumentali, ambientali ed archeologici.

La disciplina urbanistica persegue non solo la ristretta finalità di regolamentare il profilo dell'edificazione dei suoli relativamente ai tipi di edilizia distinti per finalità, ma si prefigge obiettivi di più ampio respiro che guardano agli interessi economico-sociali della comunità locale. Il concetto di urbanistica non è strumentale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in relazione alle diverse tipologie di edificazione, ma è volto funzionalmente alla realizzazione contemporanea di una pluralità di interessi pubblici che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente tutelati.

Se così è, lo strumento di pianificazione generale contiene scelte inerenti l'organizzazione edilizia del territorio da riguardarsi non soltanto nel suo aspetto statico (la possibilità e la quantità di costruire edifici) ma anche nel suo aspetto più dinamico, qual è il possibile sviluppo del territorio dal punto di vista socio-economico. Per tale

ragione costituisce estrinsecazione di un potere, quello pianificatorio, connotato da ampia discrezionalità al punto che il sindacato del giudice amministrativo non può estendersi alle valutazioni di merito, salvo che risultino inficiate da errori di fatto o abnormi illogicità, irragionevolezza e/o insufficienze motivazionali, ovvero che, per quanto riguarda la destinazione di specifiche aree, risultino confliggenti con particolari situazioni che abbiano ingenerato affidamenti e aspettative qualificate.

Tendenzialmente, all'ampia discrezionalità si accompagna un generale onere di motivazione delle scelte urbanistiche, soddisfacibile con l'indicazione dei profili generali e dei criteri che le hanno ispirate senza necessità di una motivazione puntuale e mirata. Invero, il carattere più o meno blando della motivazione viene a dipendere dalla portata delle previsioni di zonizzazione, dovendosi infatti operare un distinguo tra disposizioni pianificatorie che realizzino una nuova e complessiva definizione dell'intero territorio comunale, o della gran parte di esso, e quelle che mutino la destinazione di un'area determinata, a maggior ragione se ledendo legittime aspettative dei privati. Solo nel primo caso, venendo in discussione il complessivo disegno di governo del territorio da parte dell'ente locale (com'è tipico nei casi di adozione di un nuovo strumento urbanistico generale o di una sua variante integrale), la motivazione non può riguardare ogni singola previsione, ma deve avere riguardo, secondo criteri di sufficienza e congruità, al complesso delle scelte effettuate dall'amministrazione.

La programmazione e pianificazione urbanistica è caratterizzata da un altissimo grado di discrezionalità nella prospettiva di un ordinato e funzionale assetto del territorio comunale; per la programmazione degli assetti del territorio, l'amministrazione gode, invero, di un ampio potere discrezionale, sicché le scelte dell'amministrazione non sono censurabili se non per manifesti errori di fatto e abnormità delle scelte; non è peraltro configurabile in questo ambito il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento riguardo alla destinazione impressa a immobili vicini.

[Consiglio di Stato, sez. IV, 5 settembre 2024, n. 7435](#)

Accordi di diritto privato e di diritto pubblico – Interpretazione – Principio di buona fede – Caratteri

Gli accordi, tanto di diritto privato, quanto di diritto pubblico, devono essere interpretati in coerenza con il principio di buona fede che affascia tutti i rapporti di diritto privato (art. 1175, 1375 c.c.) e di diritto pubblico (art. 1, comma 2 bis, l. n. 241 del 7 agosto 1990, art. 5 d.lgs. n. 36 del 31 marzo 2023), anche perché il criterio di interpretazione secondo buona fede ex art. 1366 c.c. non può essere relegato a criterio di interpretazione meramente sussidiario rispetto ai criteri di interpretazione letterale e funzionale: l'elemento letterale va integrato con gli altri criteri di interpretazione, tra cui la buona fede, che si specifica in particolare nel significato di lealtà, ossia nell'evitare di suscitare falsi affidamenti e nel non contestare ragionevoli affidamenti ingenerati nella controparte.

[Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2024, n. 7457](#)

Pianificazione urbanistica – Localizzazione – Pianificazione commerciale – Abuso edilizio – Ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi – Onere motivazionale attenuato – Decorso temporale

La programmazione o pianificazione commerciale, così come quella della localizzazione delle attività artigianali o industriali, deve essere inserita nell'ambito della pianificazione urbanistica o di altro atto che sia destinato alla disciplina del governo del

territorio. Pertanto, non possono essere autorizzati insediamenti di attività commerciali o produttive in contrasto con la disciplina urbanistica; né, di converso, possono essere mantenute quelle attività che prima dell'apertura o successivamente perdano il requisito della conformità alle prescrizioni urbanistiche o edilizie.

La demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino.

[Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2024, n. 7473](#)

Funzione demaniale di un bene – Usucapione – Autotutela esecutiva ex art. 823 c. 2 c.c. – Presupposti – Impianti sportivi comunali – Segretario comunale – Funzione notarile dell'Ente – Obblighi connessi

La perdita di fatto della connaturale funzione demaniale di un bene, per effetto del suo utilizzo per scopi privati da parte di un soggetto diverso dall'Ente locale nel cui Demanio rientra, può portare all'accertamento della perdita della demanialità e del correlato acquisto della proprietà da parte dell'utilizzatore per usucapione.

L'art. 823, comma 2, c.c. soddisfa l'esigenza di tutela non connessa al possesso, né alla mera proprietà pubblica, ma dipendente dagli interessi pubblici che il bene può soddisfare.

I poteri di cui all'art. 823, comma 2, c.c. possono essere esercitati non soltanto in relazione ai beni del Demanio (necessario ed eventuale): l'autotutela amministrativa contemplata dalla disposizione indicata riguarda anche i beni del patrimonio indisponibile, al fine di impedire più efficacemente l'illecita sottrazione degli stessi alla loro destinazione, posto che, ai sensi dell'art. 828, comma 2, i beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano.

Resta alla pubblica amministrazione il potere di controllo e di intervento di imperio, sia per proteggere il bene da turbative, sia per eliminare ogni situazione di contrasto riguardo alle esigenze del pubblico interesse che devono ispirare l'utilizzazione dei beni destinati a pubblico servizio. Il che giustifica l'ampio ambito di operatività dell'autotutela amministrativa dei beni demaniali o del patrimonio indisponibile, tanto che è consentito all'Amministrazione emettere sia provvedimenti autoritativi di riduzione in pristino, sia provvedimenti di revoca e modificazione, aventi forza coattiva, degli atti e delle situazioni divenute incompatibili con la destinazione pubblica del bene.

Il potere di autotutela esecutiva, previsto all'art. 823, comma 2, c.c., presuppone il previo accertamento della natura di bene patrimoniale indisponibile del compendio immobiliare oggetto di tutela recuperatoria pubblicistica, poiché, diversamente, il bene pubblico ricompreso nel patrimonio disponibile dell'ente può costituire oggetto di tutela soltanto mediante l'esperimento delle azioni civilistiche possessorie o della *rei vindicatio*.

Gli impianti sportivi di proprietà comunale, quali ad esempio la piscina comunale, appartengono al patrimonio indisponibile del Comune, ai sensi dell'art. 826, ult. comma c.c., essendo destinati al soddisfacimento dell'interesse della collettività e allo svolgimento delle attività sportive. Quindi l'Amministrazione è legittimata a tutelare il bene in via amministrativa, potendo adottare un'ordinanza di rilascio nei confronti di chi lo occupa abusivamente.

La tutela amministrativa di cui all'art. 823 c.c. non richiede né la prova del possesso anteriore, né la prova di un diritto di proprietà ininterrotto per oltre venti anni, non essendo i beni demaniali e quelli del patrimonio indisponibile suscettibili di usucapione.

La destinazione a opera di urbanizzazione ne comporta l'uso pubblico al servizio della collettività e quindi la legittimità dell'esercizio del potere di autotutela dell'Amministrazione.

Il comma 4, lettera c) dell'art. 97 del d.lgs. n. 267 del 2000 postula che il Segretario 'roga su richiesta dell'ente, i contratti nei quali l'ente è parte e autentica scritture private e atti unilaterali nell'interesse dell'ente', esprimendo un potere proprio e una indicazione di principio che lo pone come soggetto a cui compete, in via principale, la funzione notarile dell'Ente, rispetto alla precedente versione (riproduttiva dell'art. 17, comma 68, lettera b) della Bassanini bis) in cui si diceva 'può rogare tutti i contratti nei quali l'ente è parte ed autenticare scritture private ed atti unilaterali nell'interesse dell'ente'.

Quindi il Segretario è tenuto a prestare la propria opera secondo le disposizioni della Legge notarile e, come il notaio, è obbligato a prestare il suo ministero, ogni qual volta ne viene richiesto l'intervento da parte dell'Ente, indipendentemente dalla competenza territoriale.

Orbene, ciò premesso, tenuto conto che il Segretario comunale svolge la sua funzione nell'interesse dell'Ente, l'esercizio della pubblica funzione rogatoria lo legittima a stipulare qualunque atto/contratto avendo come scopo unico il perseguimento dell'interesse pubblico a ricevere il negozio giuridico, strumentale ad assicurare la cura del citato interesse.

[Consiglio di Stato, sez. II, 9 settembre 2024, n. 7486](#)

Abuso edilizio – Istanza in sanatoria – Ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi – Rapporti – Mutamento di destinazione d'uso con alterazione del carico urbanistico

La presentazione della richiesta di sanatoria non incide sulla legittimità dell'ordinanza di demolizione, ma solo sulla sua efficacia. Pertanto, in caso di rigetto dell'appello, l'efficacia degli atti impugnati in primo grado rimarrebbe sospesa fino alla pronuncia del Comune sulla nuova domanda la quale, se favorevole per il privato, rappresenterebbe una sopravvenienza tale da rendere legittimo l'intervento, mentre, se sfavorevole, riprenderebbe efficacia l'ingiunzione di ripristino.

È incensurabile – ed è anzi un atto doveroso e a contenuto vincolato – la decisione del Comune d'intimare il ripristino dello stato dei luoghi a fronte di intervento qualificabile come ristrutturazione edilizia per la quale era necessario il previo rilascio del permesso di costruire ai sensi dell'art. 10, co. 1, lett. c) del d.P.R. n. 380 del 2001, trattandosi del mutamento della destinazione d'uso di un immobile che comporta un aumento del carico urbanistico, con la conseguenza che, in mancanza del titolo, si applica l'art. 33 del medesimo d.P.R., che prevede appunto la rimozione delle opere abusive.

Il mutamento da deposito ad abitazione comporta un cambio tra categorie funzionalmente autonome e non omogenee, sanzionabile con la misura ripristinatoria.

[Consiglio di Stato, sez. II, 11 settembre 2024, n. 7523](#)

Titolo edilizio – Condizioni per il rilascio – Relazione qualificata col bene – Oneri verificatori del Comune – Effetti sui rapporti interprivati

Il permesso di costruire può essere rilasciato non solo al proprietario dell'immobile, ma a chiunque abbia titolo per richiederlo (così come previsto dall'art. 11, co. 1, DPR n. 380/2001), e tale ultima espressione va intesa nel senso più ampio di una

legittima disponibilità dell'area, in base ad una relazione qualificata con il bene, sia essa di natura reale, o anche solo obbligatoria, purché, in questo caso, con il consenso del proprietario.

Il Comune, prima di rilasciare il titolo, ha sempre l'onere di verificare la legittimazione del richiedente, accertando che questi sia il proprietario dell'immobile oggetto dell'intervento costruttivo o che, comunque, ne abbia un titolo di disponibilità sufficiente per eseguire l'attività edificatoria.

È onere del Comune ricercare la sussistenza di un titolo (di proprietà, di altri diritti reali, etc.) che fonda una relazione giuridicamente qualificata tra soggetto e bene oggetto dell'intervento, e che dunque possa renderlo destinatario di un provvedimento amministrativo autorizzatorio; ma ciò non comporta anche che l'amministrazione debba comprovare prima del rilascio (ciò mediante oneri di ulteriore allegazione posti al richiedente o attraverso propri approfondimenti istruttori), la "pienezza" (nel senso di assenza di limitazioni) del titolo medesimo.

Ed infatti, ciò comporterebbe, in sostanza, l'attribuzione all'amministrazione di un potere di accertamento della sussistenza (o meno) di diritti reali e del loro "contenuto" non ad essa attribuito dall'ordinamento.

In sede di esame dell'istanza volta al rilascio di un titolo edilizio, l'amministrazione non deve verificare ogni aspetto civilistico che potrebbe venire in rilievo, ma deve vagliare esclusivamente i profili urbanistici ed edilizi connessi al titolo richiesto.

Il permesso di costruire non incide sulla titolarità della proprietà o di altri diritti reali relativi agli immobili realizzati per effetto del suo rilascio, né tantomeno pregiudica la titolarità o l'esercizio di diritti relativi ad immobili diversi da quelli oggetto d'intervento.

Con l'espressione "fatti salvi eventuali diritti dei terzi", o simili, che normalmente compare nei provvedimenti autorizzatori in materia edilizia, nel circoscrivere l'ambito di efficacia del provvedimento autorizzatorio in materia edilizia, si intende ribadire che il provvedimento amministrativo, rilasciato ad un soggetto che è titolare di una situazione qualificata di giuridica relazione con il bene oggetto di intervento, autorizza un intervento di trasformazione del territorio che è compatibile con l'assetto edilizio ed urbanistico previsto per il medesimo ed è, dunque, in tale ordine e limiti, legittimo.

Il provvedimento autorizzatorio in materia edilizia inerisce, quanto all'oggetto della istanza presentata, al rapporto pubblicistico tra soggetto richiedente e pubblica amministrazione in esercizio del potere autorizzatorio edilizio; per converso, tale provvedimento non incide (perché "non può" incidere) sui distinti rapporti giuridici tra privati, che restano dallo stesso del tutto impregiudicati.

Il che comporta che quanto autorizzato, se non costituisce, una volta realizzato, illecito dal punto di vista amministrativo (proprio per le stesse ragioni per cui risulta autorizzabile), ben può costituire illecito civile, in quanto incidente su una sfera di rapporti cui la Pubblica Amministrazione è (e deve rimanere) estranea.

Ne consegue che eventuali limitazioni alle facoltà e poteri del proprietario (o del comproprietario), sia riferite alla "piena" titolarità del suo diritto, sia al concreto esercizio dello *jus aedificandi* in relazione a diritti di terzi, per un verso esulano dal piano della "legittimità" del provvedimento amministrativo, per altro verso restano da questo impregiudicate e quindi soggetti terzi che intendano tutelarsi ben potranno farlo, a prescindere dall'atto amministrativo, innanzi al giudice ordinario.

Né, in quella sede, vi è necessità di disapplicazione dell'atto amministrativo, poiché ciò che il Giudice ordinario accerta è – direttamente – la lesione del diritto reale, che non interviene "per il tramite" del provvedimento amministrativo, ma per effetto dell'attività edilizia del privato, legittimata sul piano amministrativo dal provvedimento, ma da questo non "coperta" sul piano civilistico.

In definitiva, se il provvedimento autorizzatorio edilizio, quanto al suo ambito di efficacia, è estraneo ai rapporti interprivati, (non potendoli condizionare, limitare o comunque su di essi incidere), è del tutto evidente che una violazione delle norme regolatrici di tali rapporti non può rilevare come vizio di legittimità dell'atto, se non nei limiti in cui la violazione della norma civilistica si risolve (anche) in un pregiudizio per l'interesse pubblico.

Diversamente opinando, si perviene ad una "sovrapposizione" delle forme di tutela, poiché, di fatto, si determina una tutela dell'interesse legittimo per il tramite delle norme direttamente poste a tutela del diritto soggettivo, con una conseguente attribuzione al giudice amministrativo di ambiti giurisdizionali che, invece, sono propri del giudice ordinario (in pratica, un fenomeno di "doppia giurisdizione"). E ciò, per di più, in presenza di una "estraneità", espressamente (e correttamente) affermata, del titolo edilizio ai "diritti dei terzi" e, dunque, ai rapporti dominicali interprivati.

[Consiglio di Stato, sez. V, 17 settembre 2024, n. 7605](#)

Unioni dei Comuni – Assunzione di personale a tempo indeterminato – Normativa – Modalità

L'art. 33, comma 2, del d.l. 30 aprile 2019, n. 34 convertito dalla legge n. 162 del 2019 e ss.mm. e ii. e il decreto interministeriale del 17 marzo 2020, che fissano la nuova disciplina per l'assunzione di personale a tempo indeterminato per i Comuni, non trovano applicazione alle Unioni dei Comuni.

La facoltà di assunzione delle Unioni dei Comuni è tuttora disciplinata dall'art. 1, comma 229, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 che costituisce norma speciale, consentendo il reclutamento di personale con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato nei limiti del 100% delle spese relative al personale di ruolo cessato dal servizio nell'anno precedente.

In merito ai vincoli assunzionali applicabili l'Unione di Comuni ha, ad oggi, a disposizione due strumenti per procedere alle assunzioni di personale: - da una parte può assumere autonomamente, utilizzando direttamente spazi assunzionali propri ed applicando la consueta regola dei turnover al 100% ex comma 229 della legge 208/2015, senza alcun adeguamento del limite del trattamento accessorio; - dall'altra può avvalersi, seppur assumendo direttamente, di spazi assunzionali ulteriori, ceduti (ex art. 32, comma 5, TUEL) dai Comuni virtuosi (così come definiti in base alla nuova normativa in materia, ovvero capaci di assumere a tempo indeterminato aumentando la propria spesa di personale nel rispetto dei valori soglia), concretamente aumentando la propria dotazione organica.

[Consiglio di Stato, sez. II, 19 settembre 2024, n. 7687](#)

Concessioni amministrative – Discrezionalità – Criteri per l'esame delle istanze – Definizione preventiva – Legittimità – Competenze – Condizioni per il rilascio – Finalità antidemocratiche proprie del partito fascista – Rigetto dell'istanza

La concessione di spazi pubblici, comportando un utilizzo a fini privati di aree o locali che vengono così sottratti all'uso comune, è espressione di una potestà ampiamente discrezionale, sia nell'*an*, sia nella definizione di tempi, modi e condizioni dell'occupazione.

La definizione in via preventiva e generale di criteri e indirizzi per l'esame delle relative istanze da parte del Comune, proprietario e concedente, non è illegittima, anzi, comportando un vincolo che la stessa Amministrazione pone rispetto all'esercizio dell'ampia discrezionalità che le è riconosciuta in materia, costituisce attuazione del principio d'imparzialità di cui all'art. 97 Cost.

Inoltre, la circostanza che il Comune possa approvare o abbia invero emanato un regolamento in materia non esclude l'adozione di atti d'indirizzo, con il solo limite che questi siano rispettosi del primo (e, ovviamente, delle altre fonti sovraordinate): da una lettura congiunta dell'art. 107 (secondo cui ai dirigenti spettano i compiti di gestione e agli organi di governo dell'Ente le funzioni d'indirizzo e controllo) e dell'art. 48 del TUEL (secondo cui la Giunta compie tutti gli atti rientranti nelle funzioni degli organi di governo che non siano riservati al Consiglio comunale o al Sindaco) emerge infatti una generale competenza della Giunta all'adozione di atti d'indirizzo rispetto alla concreta gestione amministrativa, finanziaria e tecnica demandata ai dirigenti.

Nel definire le condizioni cui è subordinata la concessione di questi spazi, l'Amministrazione ben può perseguire l'obiettivo di evitare che essi vengano utilizzati per il perseguimento delle finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, ovvero per la pubblica esaltazione di esponenti, principi, fatti, metodi e finalità antidemocratiche del fascismo – comprese le idee e i metodi razzisti – o ancora per il compimento di manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste.

Si tratta, infatti, di un obiettivo di sicuro interesse pubblico.

Infatti, la matrice antifascista della Costituzione repubblicana emerge tanto dalla sua genesi – in quanto essa è stata elaborata dalle forze che avevano partecipato alla Resistenza, conclusasi con quella “cesura ordinamentale” rappresentata dalla fondazione della Repubblica e dall'avvento del nuovo ordine democratico – quanto soprattutto dalla sua struttura e dal contenuto: le norme e i principi costituzionali – in particolare, il principio lavoristico, quelli di democrazia, solidarietà ed eguaglianza, il riconoscimento dei diritti dell'uomo (anteriori a ogni concessione da parte dello Stato) come singolo e nelle formazioni sociali nonché delle autonomie, pur nell'unità e indivisibilità della Repubblica, la pace e l'apertura alla Comunità internazionale – si pongono (consapevolmente, come emerge anche dai lavori preparatori della Costituzione) in chiara discontinuità rispetto a quelli propri del regime precedente, riconoscendo espressamente diritti e libertà che dal fascismo erano stati violati e approntando gli istituti giuridici per garantire loro tutela – non ultimo, prevedendo un controllo di costituzionalità delle leggi.

In tale contesto, il primo comma della XII disposizione, che vieta «la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista», non può ritenersi meramente transitoria.

A tale disposizione ha dato attuazione legge 20 giugno 1952, n. 645 (c.d. “legge Scelba”), che fornisce a quel bene giuridico definibile come “ordine pubblico democratico e costituzionale” una tutela anticipata in relazione a manifestazioni che, in connessione con la natura pubblica delle stesse, espressamente richiesta dalla norma, possano essere tali da indurre alla ricostituzione di un partito che, per la sua ideologia antidemocratica, e per espressa previsione appena sopra richiamata, contenuta nella stessa Carta del 1948 (XII, disp. trans. fin. Cost.), è contraria all'assetto costituzionale.

È legittimo che il Comune, nel definire gli indirizzi per la concessione degli spazi pubblici, adotti delle cautele preventive volte a evitare che questi siano utilizzati per il compimento di atti o fatti che possano favorire la riorganizzazione “sotto qualsiasi forma” del partito fascista come definita dall'art. 1 della legge n. 645 del 1952 (secondo cui «si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione, un movimento o comunque un gruppo di persone non inferiore a cinque persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o compie

manifestazioni esteriori di carattere fascista»), comprese dunque quelle manifestazioni che siano tali da provocare adesioni e consensi e concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste.

[Consiglio di Stato, sez. II, 19 settembre 2024, n. 7690](#)

Pianificazione urbanistica – Zonizzazione e localizzazione – Distretti industriali e agroalimentari – Discrezionalità

L'individuazione dei distretti industriali (anche in campo alimentare) e dei distretti del cibo - di competenza delle regioni e delle province autonome - non ha lo scopo di disciplinare l'uso del territorio, essendo essenzialmente preordinata al sostegno, sotto varie forme (regolamentari, organizzative e finanziarie) alle imprese che svolgono attività agricole e agroalimentari. Ciò non esclude che il Comune - nell'ambito del potere di pianificazione urbanistica da non intendersi limitato alla sola regolazione delle potenzialità edificatorie e alla "zonizzazione" del territorio comunale - possa orientare lo sviluppo economico di alcune zone verso determinate produzioni (escludendone altre), onde creare le condizioni affinché un territorio venga individuato dalle autorità competenti come distretto agroalimentare o un distretto del cibo, e, ove già istituiti, possano ulteriormente svilupparsi.

[Consiglio di Stato, sez. V, 2 ottobre 2024, n. 7913](#)

Locazione turistica breve – Attività ricreativa in forma sistematica – Incompatibilità – Immissioni acustiche – Mutamento di destinazione d'uso da residenziale a turistica – Normativa applicabile

L'uso di un immobile che comporti lo svolgimento in forma sistematica di attività ricreativa ripetuta nel tempo, con immissioni acustiche che superano gli standard normativi, è incompatibile con la locazione turistica breve; tale uso determina un mutamento di destinazione da residenziale a turistico ricettiva della struttura, con conseguente assoggettamento, nella misura in cui può essere fonte di inquinamento acustico, alla legge n. 447 del 26 ottobre 1995.

[Consiglio di Stato, sez. IV, 8 ottobre 2024, n. 8086](#)

SUAP – Natura giuridica – Funzioni e funzionamento – Nuovi impianti di smaltimento e recupero di rifiuti – Autorizzazione unica – Conferenza di servizi – Pareri

Lo sportello unico per le attività produttive (SUAP) rappresenta il soggetto pubblico di riferimento territoriale per tutti i procedimenti che abbiano ad oggetto l'esercizio di attività produttive e di prestazione di servizi ed è il punto di accesso per il richiedente in relazione a tutte le vicende amministrative riguardanti tale attività. Esso emette il provvedimento finale dopo aver raccolto gli atti di tutte le amministrazioni e gli enti coinvolti, fungendo in sintesi da unico canale informativo sia verso le amministrazioni che verso i soggetti istanti.

L'art. 2 del decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 160 non prevede in alcun modo un'esclusione del ruolo del SUAP per l'autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e recupero di rifiuti di cui all'art. 208 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 per cui, ad eccezione degli ambiti espressamente esclusi dalla disposizione regolamentare, esso svolge il ruolo di autorità procedente del procedimento principale e provvede all'inoltro telematico della documentazione alle altre amministrazioni che intervengono nel procedimento.

Con riferimento al procedimento di autorizzazione unica per i nuovi impianti di

smaltimento e recupero di rifiuti di cui all'art. 208 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 il calcolo delle maggioranze in sede di conferenza di servizi indetta ai sensi del comma 3 va condotto in base al numero di amministrazioni coinvolte e se, in base alle proprie competenze, una medesima amministrazione esprime, attraverso i propri uffici od organi, più pareri all'interno del medesimo procedimento, basta anche un solo parere negativo per determinare in tal senso la volontà di quella amministrazione.

[Consiglio di Stato, sez. VII, 9 ottobre 2024, n. 8113](#)

Intervento di nuova costruzione – Installazione di impianti solari fotovoltaici e termici sugli edifici – Titolo edilizio – Regime derogatorio ex art. 9 d. l. n. 17/2022 – Condizioni – Ratio

L'art. 9 del decreto legge 1 marzo 2022, n. 17, convertito con modificazioni dalla legge 27 aprile 2022, n. 34 – secondo cui l'installazione “con qualunque modalità” di impianti solari fotovoltaici e termici sugli edifici e la realizzazione delle opere funzionali alla connessione alla rete elettrica sono considerate interventi di manutenzione ordinaria e non sono subordinate all'acquisizione di permessi, autorizzazioni o atti amministrativi di assenso comunque denominati, inclusi quelli previsti dal decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 - non prevede una illimitata facoltà di deroga a tutte le norme del testo unico sull'edilizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 che sarebbe contraria ai criteri previsti in tema di concorso fra norme di pari grado che regolano la medesima fattispecie e all'interesse pubblico al corretto sviluppo dello sfruttamento edilizio del territorio. Pertanto, la tendenziale derogabilità alle norme in materia edilizia prevista dall'articolo 9 vale solo: i) allorché l'interessato dimostri di non avere possibilità alternative, cioè tecnicamente equivalenti, di installazione in altri luoghi; ii) a condizione che non si ottengano indebiti incrementi di volumetrie e superfici utilizzabili per altri scopi, che non siano strettamente connessi ad esigenze tecniche perché, in quest'ultimo caso, l'intervento comunque richiede il necessario titolo edilizio.

L'art. 9 del decreto legge 1 marzo 2022, n. 17, convertito con modificazioni dalla legge 27 aprile 2022, n. 34 - secondo cui l'installazione “con qualunque modalità” di impianti solari fotovoltaici e termici sugli edifici, e la realizzazione delle opere funzionali alla connessione alla rete elettrica sono considerate interventi di manutenzione ordinaria e non sono subordinate all'acquisizione di permessi, autorizzazioni o atti amministrativi di assenso comunque denominati inclusi quelli previsti dal decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 - mira a consentire la semplificazione dell'installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili su edifici già esistenti e non può essere inteso nel senso di ammettere la realizzazione di qualunque intervento di nuova edificazione alla sola condizione che la stessa ospiti tra l'altro un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili.

[Consiglio di Stato, sezione IV, 17 ottobre 2024, n. 8327](#)

Convenzione urbanistica – Validità – Scadenza – Effetti – Prescrizione per decorso dei termini – Mancata ultimazione delle opere nei termini – Principio di legalità sostanziale – Occupazione abusiva di beni immobili – Danni da perdita subita – Valutazione equitativa – Nesso di causalità

Una volta scaduti i termini di validità della convenzione urbanistica o il diverso termine stabilito dalle parti, l'esercizio di ogni azione legale per l'adempimento delle obbligazioni ivi contenute risulta prescritto se non esercitato entro il successivo termine di dieci anni. Le obbligazioni del privato relative alla convenzione di lottizzazione

divengono esigibili con la scadenza della convenzione relativa al piano di lottizzazione, in caso di mancata ultimazione delle opere nei termini, o con l'ultimazione delle opere medesime, se avvenuta prima di detta scadenza, entro e non oltre il successivo termine decennale di prescrizione. Pertanto, la scadenza del termine per l'ultimazione dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione previste in una convenzione urbanistica non fa venire meno la relativa obbligazione, mentre proprio da tale momento inizia a decorrere l'ordinario termine di prescrizione decennale, ai sensi dell'art. 2946 del c.c.

La scadenza della convenzione di lottizzazione riguarda l'efficacia del regime urbanistico introdotto dalla convenzione e non anche gli effetti obbligatori che la stessa convenzione produce tra le parti. Tuttavia, ciò non significa che l'amministrazione resti vincolata *sine die* alle scelte urbanistiche trasfuse nella convenzione, ma soltanto che le parti possono anche oltre il termine di scadenza suindicato esigere l'adempimento degli obblighi (ad esempio, la corresponsione di somme a titolo di oneri, la realizzazione di opere di urbanizzazione) che la controparte si è assunta con la convenzione stessa.

Il principio di legalità costituisce il fondamento ed il limite dell'intera attività amministrativa, anche di quella che si avvale di strumenti consensuali di esercizio del potere, venendo anche in tale ultimo caso in rilievo la necessità di soggiacere alle regole generali dell'attività amministrativa, diverse da quelle che disciplinano l'attività privatistica. Tale conclusione trova puntuale riscontro nel disposto di cui all'art. 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241 e, per quanto riguarda le convenzioni urbanistiche, anche in quello di cui all'art. 11 della medesima legge, secondo cui l'intera attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge, il che equivale ad affermare che l'amministrazione non può stabilire essa stessa i fini da perseguire.

In relazione alla fattispecie dell'occupazione abusiva di beni immobili, se il danno da perdita subita di cui il proprietario chiede il risarcimento non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso può essere liquidato dal giudice con valutazione equitativa, se del caso mediante il parametro del canone locativo di mercato. Posto che l'evento di danno riguarda non la cosa ma il diritto di godere in modo pieno ed esclusivo della cosa stessa, il danno risarcibile è rappresentato dalla specifica possibilità di esercizio del diritto di godere che è andata persa quale conseguenza immediata e diretta della violazione, cagionata dall'occupazione abusiva, del diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo. Il nesso di causalità giuridica si stabilisce così fra la violazione del diritto di godere della cosa, integrante l'evento di danno condizionante il requisito dell'ingiustizia, e la concreta possibilità di godimento che è stata persa a causa della violazione del diritto medesimo, quale danno conseguenza da risarcire.

[Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2024, n. 8474](#)

Titolo edilizio – Autorizzazione paesaggistica – Realizzazione di strutture tipo “dehors” – Potere regolamentare del Comune – Sicurezza urbana

Il Comune ha il potere, da un lato, di rilasciare i titoli edilizi e paesaggistici per la realizzazione delle strutture tipo *dehors* su tutto il territorio comunale, dall'altro, di approvare un regolamento di carattere generale che ne disciplini le caratteristiche, al fine di rendere più snello il procedimento autorizzatorio e di conformarle nell'ottica della “sicurezza urbana”, nell'accezione più moderna di miglioramento della vivibilità cittadina.

[Consiglio di Stato, sez. VII, 23 ottobre 2024, n. 8499](#)

Concessioni demaniali marittime – Decadenza – Non uso del bene – Legittimità

Un provvedimento di decadenza dalla concessione demaniale marittima, che si

fonda su dati di fatto incontestati, legalmente sussumibili in una delle fattispecie legittimanti l'esercizio del potere di recesso, è conforme al dettato normativo di cui all'articolo 47 del codice della navigazione, che, tra l'altro, contempla proprio la condizione di non uso del bene in concessione.

[Consiglio di Stato, sez. IV, 5 novembre 2024, n. 8854](#)

Pianificazione urbanistica – Classificazioni delle aree – Discrezionalità del Comune – Imposta sostitutiva di affrancamento – Non rilevanza

È legittima la delibera del consiglio comunale che attribuisca ad un'area una classificazione che ne escluda l'originaria capacità edificatoria, a ciò non ostando che il privato abbia versato l'imposta sostitutiva di affrancamento, prevista dall'art. 7 della legge n. 448 del 28 dicembre 2001, calcolata assumendo, "in luogo del costo o valore di acquisto" del terreno, "il valore a tale data determinato sulla base di una perizia giurata di stima", in quanto, al tempo, detti beni possedevano la qualifica di edilizi ed erano soggetti al loro sfruttamento in quanto tali; in base ad una successiva scelta – da ritenersi razionale nel contemperamento degli interessi connessi alla riduzione del consumo di suolo ed al suo razionale sfruttamento – il Comune nella sua potestà pianificatoria ha fissato un criterio logico, quale quello temporale, per lo stralcio dal piano regolatore generale che ha comportato una modifica della destinazione.

[Consiglio di Stato, sez. V, 6 novembre 2024, n. 8864](#)

Ordinanze contingibili e urgenti – artt. 50 e 54 TUEL – Distinzioni – Presupposti – Vendita di bevande alcoliche a minori – Principio di precauzione – Competenza

La riconduzione dell'atto sindacale alla fattispecie disciplinata all'art. 50 piuttosto che a quella di cui all'art. 54 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) non è neutra e non si risolve in una mera indicazione nominalistica, atteso che il legislatore ha inteso diversificare il procedimento di adozione dell'atto, prevedendone l'esecutorietà solo nel secondo caso (supportata dal Prefetto, quale organo preposto al coordinamento delle forze dell'ordine sul territorio provinciale). Le emergenze di sicurezza urbana, in quanto afferenti alla sicurezza pubblica, rientrano nella competenza del Sindaco quale ufficiale di governo (art. 54) e si diversificano da quelle a tutela della "vivibilità" che afferiscono all'attività del vertice dell'amministrazione locale (art. 50).

Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti possono essere adottate anche a fronte di un pericolo potenziale in applicazione del principio di precauzione che richiede l'intervento restrittivo da parte della pubblica amministrazione in presenza di un rilevante pericolo per interessi pubblici particolarmente sensibili anche in assenza di una evidenza scientifica del nesso di causalità, secondo lo standard del c.d. "più probabile che non", tra la circostanza fattuale su cui si interviene e il pregiudizio che potrebbe arrecare. Tale principio di derivazione comunitaria previsto dall'art. 7 del Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002 impone che, in presenza di ragionevole dubbio riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure di protezione senza dover attendere che sia previamente accertata l'effettiva esistenza della gravità del rischio occorso. I presupposti per l'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente risiedono nella sussistenza di un pericolo irreparabile ed imminente per il bene protetto dalla norma (la pubblica incolumità, la sicurezza urbana, la vivibilità cittadina ovvero la quiete, quale valore considerato a parte, l'igiene pubblica), ma purché lo stesso non sia altrimenti

fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento, il che avviene tipicamente laddove esista un sistema punitivo comprensivo di sanzioni principali, sanzioni accessorie capaci ex se di cauterizzare l'attività pericolosa. Non è pertanto ammissibile farvi ricorso per irrogare sanzioni espressamente previste dall'ordinamento (nel caso di specie, con l'art. 14-ter della legge 30 marzo 2001, n. 125 in caso di violazione del divieto di vendita di bevande alcoliche a minori) al solo scopo di accelerarne gli effetti, superando le garanzie difensive, a meno che non sia dimostrata in concreto la pericolosità, anche potenziale, del differimento dell'irrogazione della misura sanzionatoria prevista.

Il legislatore sanziona amministrativamente (art. 14-ter della legge 30 marzo 2001, n. 125) e penalmente (art. 689 c.p.) le condotte di vendita e somministrazione di bevande alcoliche a minori, commisurando il trattamento sanzionatorio all'effettiva portata lesiva della condotta. La prima fattispecie di illecito (art. 14-ter) opera in tutti i casi di vendita di alcolici a minorenne (ipotesi estranea alla formulazione dell'art. 689 c.p.) nonché di somministrazione a maggiore degli anni sedici ma minore di anni diciotto, stante che per il minore di anni sedici trova invece applicazione la norma penale, estensibile a qualunque tipologia di somministrazione ovunque effettuata, dovendo necessariamente essere attualizzati i riferimenti ai locali ivi indicati come osterie e pubblici spacci.

È illegittima l'ordinanza sindacale contingibile e urgente che disponga la sospensione dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande in sostanziale applicazione dell'art. 14-ter della legge 30 marzo 2001, n. 125 (nella specie, a causa della vendita di bevande alcoliche a persona di età compresa tra i sedici e i diciotto anni) poiché, dovendosi riqualificare l'atto in senso sanzionatorio, sussiste vizio di incompetenza del firmatario, in quanto organo politico di vertice del governo locale, trattandosi di normale atto gestionale.

[Consiglio di Stato, sez. IV, 11 novembre 2024, n. 9014](#)

Convenzioni urbanistiche – Sopravvenienze – Rilevanza – Rinegoziazione – Buona fede – Obbligo di provvedere in capo alla parte pubblica

In presenza di un esercizio consensuale del potere pubblico, la legge o la buona fede possono imporre un obbligo di provvedere, senza che ciò escluda la natura bilaterale che connota gli accordi. L'accordo in questione è infatti stipulato nell'esercizio di un potere pubblico, con la conseguenza che l'attributo indefettibile di tale situazione giuridica non è quello della libertà, proprio della autonomia negoziale, bensì della doverosità cui si ricollega l'obbligo di provvedere nei casi in cui sussista una posizione differenziata e qualificata di pretesa ad una pronuncia espressa sulla proposta di stipula dell'accordo.

In presenza di circostanze sopravvenute rilevanti, il privato può chiedere al Comune di rinegoziare i contenuti della convenzione urbanistica o di singole sue parti, in applicazione del principio di buona fede e correttezza ex art. 1375 c.c., richiamato dall'art. 11, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, in forza del rinvio ivi contenuto ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti. Inoltre, avendo il privato una posizione qualificata e differenziata in quanto parte dell'accordo, in presenza di una istanza di riesame dei contenuti della convenzione, motivata in ragione di circostanze sopravvenute, è ben possibile configurare un obbligo di provvedere in capo alla controparte pubblica, che non necessariamente sarà tenuta ad assicurare il bene della vita cui aspira la parte privata ma che dovrà, in ogni caso, istruire l'istanza e motivare le proprie determinazioni nel rispetto del canone generale di ragionevolezza e di proporzionalità.

Non sussiste obbligo di provvedere del Comune sulla istanza di rinegoziazione di una convenzione di lottizzazione in presenza di circostanze sopravvenute rilevanti, qualora l'ente locale abbia in passato reiteratamente ribadito il proprio interesse alla piena e integrale attuazione dell'accordo, nei termini originariamente concordati, a fronte dell'inadempimento del lottizzante principale nella esecuzione delle opere di urbanizzazione. Difatti, in tale situazione non è configurabile alcun obbligo di buona fede e di cooperazione in capo al Comune che subisce una situazione di grave e persistente stallo, in pregiudizio dell'interesse pubblico alla corretta pianificazione dell'area. Peraltro, qualora le opere pubbliche dedotte in convenzione risultino funzionali alla urbanizzazione dei lotti di proprietà di altri contraenti (lottizzanti minori), è la stessa natura di accordo plurilaterale che osta ad una rinegoziazione della convenzione sui cui contenuti ed obblighi altre parti fanno, da tempo, affidamento per poter esercitare lo *ius aedificandi* inerente ai suoli in loro proprietà ricompresi nel medesimo comparato.

[Consiglio di Stato, sez. II, 19 novembre 2024, n. 9263](#)

Abuso edilizio – Istanza in sanatoria – Vincoli ambientali e paesaggistici – Interventi legittimi – Accertamento di conformità urbanistica – Competenza

L'articolo 167, comma 4, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 consente in casi eccezionali la sanatoria *ex post* degli abusi "minori" nelle zone sottoposte a vincolo ambientale e paesaggistico e attiene ad opere che, oltre a non prevedere aumenti di volume o di superficie, rientrino comunque nelle categorie dei lavori di manutenzione ordinaria o straordinaria. Non è sostenibile, sul piano logico, prima ancora che giuridico, che la realizzazione di un fabbricato in cemento armato sia priva di impatto sul piano paesaggistico e integri un abuso minore suscettibile di sanatoria in via postuma.

L'ufficio comunale competente all'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento di accertamento di conformità urbanistica è lo sportello unico dell'edilizia (SUE), anche qualora l'atto richiesto afferisca ad un intervento edilizio inerente ad una attività di impresa. Viceversa, le competenze dello sportello unico per le attività produttive (SUAP) attongono alla fase del rilascio o del diniego dell'autorizzazione commerciale.

[Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2024, n. 9266](#)

Concessioni amministrative – Scarsità risorse – Interpretazione – Direttiva Bolkestein – Efficacia – Ambito applicativo – Proroga automatica – Illegittimità – Commercio ambulante su aree pubbliche

La Direttiva sui servizi nel mercato interno, 2006/123/CE, ha un ambito di applicazione generalizzato, concernenti 'i servizi forniti da prestatori stabiliti in uno Stato membro (art. 1, par. 1)', e in cui per converso sono tassative le esclusioni, elencate al par. 2 della disposizione richiamata.

L'art. 12, comma 1, della Direttiva prevede che: "Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento".

Il livello di dettaglio che una direttiva deve possedere per potersi considerare self-executing dipende, come noto, dal risultato che essa persegue e dal tipo di prescrizione

che è necessaria per realizzare tale risultato, pertanto, sotto tale profilo, l'art. 12 della Direttiva ha l'obiettivo di aprire al mercato delle attività economiche il cui esercizio richiede l'utilizzo di risorse naturali scarse, sostituendo, nell'ambito di un sistema in cui tali risorse vengono assegnate in maniera automatica e generalizzata, a chi è già titolare di concessioni risalenti, un regime di evidenza pubblica, che assicuri la *par condicio* tra i soggetti potenzialmente interessati.

Dall'analisi dell'articolato emerge che la Direttiva Bolkestein mostra un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

La Direttiva sui servizi del mercato interno è, pertanto, *self-executing*, come precisato dalla Corte di giustizia UE con la sentenza 30 gennaio 2018 (C-360/15 e C-31/16), la quale ha affermato il principio secondo cui la medesima Direttiva si applica 'non solo al prestatore che intende stabilirsi in un altro Stato membro, ma anche a quello che intende stabilirsi nel proprio Stato', e dunque, 'anche in situazioni puramente interno'.

La fonte comunitaria, pertanto, è espressiva di norme immediatamente precettive, in particolare, sotto il profilo della precisa e puntuale 'norma di divieto' che si rivolge, senza che occorra alcuna disciplina attuativa di sorta da parte degli Stati membri, a qualunque ipotesi di proroga automatica, in assenza di una procedura di selezione tra i potenziali candidati.

E rispetto a tale 'norma di divieto', indiscutibilmente dotata di efficacia diretta, il diritto interno è tenuto a conformarsi.

Il commercio ambulante o il commercio su area pubblica è una attività di vendita di merci al dettaglio, effettuata su aree di proprietà pubblica, ovvero su piazzole o posteggi assegnati, oppure in forma itinerante, e tale attività rientra senza alcun dubbio nella nozione di servizi di cui alla Direttiva 2006/123, così come chiarito dalla Corte di giustizia UE, con la sentenza 30 gennaio 2018, C-360/15 e C-31/16.

La materia del commercio al dettaglio su aree pubbliche è riferita ad attività economica non salariata, fornita normalmente dietro retribuzione secondo la definizione fornita dall'art. 57 TFUE, che comprende, tra i servizi, le attività di carattere commerciale e non fa parte delle esclusioni dall'ambito di applicazione sufficientemente individuato della Direttiva 2006/123/CE, di cui all'art. 2, paragrafi 2 e 3.

Si tratta di una attività che, infatti, era stata originariamente inclusa nell'ambito di applicazione del citato decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, con cui è stata recepita la menzionata 'Direttiva Servizi' (art. 70 del decreto legislativo che aveva demandato a una intesa in sede di Conferenza unificata l'individuazione dei criteri per il rilascio e il rinnovo della concessione dei posteggi per l'esercizio del commercio su aree pubbliche).

La legge di bilancio 2019 (legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, comma 686) ha escluso dal campo di applicazione del decreto legislativo n. 59/2010 il commercio al dettaglio sulle aree pubbliche, abrogando il citato articolo 70 e introducendo una esclusione espressa con i modificati artt. 7, lett. f- bi e 16, comma 4 - bis dello stesso decreto legislativo.

L'esclusione dell'attività del commercio su aree pubbliche dal campo di applicazione del decreto legislativo n. 59/2010 e, quindi, della Direttiva Servizi, si pone in diretto contrasto con le previsioni di tale fonte comunitaria, che, come sopra detto, prevedono in via tassativa le ipotesi di esclusione e, tra esse, non rientra il commercio su aree pubbliche.

Gli Stati membri non hanno, quindi, alcun margine di discrezionalità nel prevedere ulteriori ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione della Direttiva, e ogni

questione sulle modalità di applicazione delle disposizioni della Direttiva Servizi si pone logicamente dopo la corretta definizione del suo ambito di applicazione.

Le attività di commercio su aree pubbliche, in analogia con il demanio marittimo, esibiscono il connotato dalla scarsità, la quale ai sensi dell'art. 12 della direttiva servizi, giustifica la selezione per il mercato, in cui l'accesso al settore economico avvenga mediante procedure ad evidenza pubblica.

Invero, il concetto di 'scarsità' va interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della 'quantità' del bene disponibile, ma anche di suoi aspetti qualitativi. In questi termini, non tutte le aree commerciali sono uguali e fungibili, tenuto conto che ciascuna possiede una sua unicità, soprattutto in un contesto quale è quello di Roma Capitale.

La Corte di giustizia UE ha chiarito il concetto di 'scarsità' con la sentenza del 20.4.2023, nella causa C- 348/22 del 20.04.2023, affermando che '...risulta dallo stesso tenore letterale dell'art. 12, paragrafo I, della direttiva 2006/123 che, qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, gli Stati membri devono applicare una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento'.

Il Collegio ravvisa, tra i due settori, un minimo comune denominatore, dato dall'esistenza di una domanda che dal mercato si rivolge a risorse pubbliche, la cui limitatezza esige di regolarne l'accesso attraverso modelli imparziali di selezione, quale quello dell'evidenza pubblica sancito dall'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE. Opinare diversamente significherebbe autorizzare la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto.

[Consiglio di Stato, sez. IV, 19 novembre 2024, n. 9301](#)

Giochi e scommesse – Case da giuoco – Legge regionale Emilia-Romagna – Distanze da luoghi sensibili – Delocalizzazione – Legittimità

È legittimo il provvedimento dell'ente locale che imponga la delocalizzazione della sala scommesse situata a distanza inferiore dal limite minimo stabilito dalla legge regionale, laddove risulti comunque possibile l'apertura di detta sala giochi in aree alternative, anche se periferiche, del territorio comunale e le stesse siano dotate sia di buona viabilità che di parcheggi, non esclusivamente residenziali, che possano rendere ben fruibile il tutto da parte di una possibile utenza.

La regione può disciplinare la distanza delle sale gioco dai luoghi sensibili, trattandosi di perseguire finalità di carattere socio-sanitario, estranee alla materia della tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, di competenza esclusiva dello Stato, e rientranti piuttosto nella materia di legislazione concorrente «tutela della salute» (art. 117, terzo comma, Cost.), nella quale la Regione può legiferare nel rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale. Inoltre, la scelta del legislatore regionale di disincentivare la collocazione degli apparecchi da gioco e spingere alla loro collocazione lontano dai centri abitati, per contrastare il fenomeno della ludopatia, non contrasta con l'art. 3 Cost., non risultando discriminatoria la misura, avendo, anzi, il legislatore considerato tutti gli esercizi commerciali nei quali possono essere installati apparecchi da gioco. La legge che impone il distanziometro non contrasta infine con l'art. 41 Cost., esercitando un ragionevole e logico bilanciamento di interessi tra l'esercizio dell'attività economica e la tutela della salute.

[Consiglio di Stato, sez. VII, 20 novembre 2024, n. 9323](#)

Servizi pubblici – Servizi sociali – Trasporto gratuito scolastico – Allievi disabili – Diritto fondamentale finanziariamente condizionato – Esclusione per mancato pagamento di tributi locali – Illegittimità

A fronte di un credito vantato dall'avente diritto per l'esercizio di un diritto fondamentale come quello inerente al trasporto scolastico dell'allievo disabile, non è possibile eccepire in compensazione l'esistenza di un debito (nella specie, per mancato pagamento di tributi locali dovuti da un suo familiare) per cause del tutto estranee all'esercizio del diritto medesimo, tenuto conto che uno Stato sociale di diritto deve assicurare le esigenze dei soggetti più bisognosi e, a parità di bisogno, di quelli meno abbienti. Difatti, la teorica dei diritti fondamentali finanziariamente condizionati non può legittimare la mortificazione dei diritti fondamentali senza che la scelta dell'ente e, persino, del legislatore sia sorretta da una valida e superiore causa di giustificazione, attinente alla tutela del bene comune per finalità solidaristiche.

[C.G.A.R.S., sez. giurisdizionale, 26 novembre 2024, n. 926](#)

Intervento di nuova costruzione – Realizzazione di una piscina – Classificazione edilizia – Pertinenzialità – Accertamento

Una piscina di non rilevanti dimensioni e realizzata interamente in una proprietà privata costituisce pertinenza e non nuova opera edilizia, non potendosi invece determinare la classificazione edilizia della piscina sulla base di astratte affermazioni di principio, ma essendo necessario esaminare, volta per volta, le specifiche caratteristiche e dimensioni delle opere in scrutinio.

Ai fini dell'accertamento in concreto delle non rilevanti dimensioni di una piscina, si da poterla considerare pertinenza edilizia, deve aversi riguardo non all'unità di misura del metro quadrato (ossia la superficie dello specchio acqueo), bensì al metro lineare (vale a dire la lunghezza del massimo segmento di retta percorribile da un nuotatore tra i due punti più distanti della piscina), in quanto il carattere di pertinenzialità di una piscina va ancorato, essenzialmente, alla sua inidoneità al nuoto agonistico, preagonistico o anche solo amatoriale, perciò la lunghezza massima non andrà misurata su una sponda della piscina, bensì secondo la diagonale maggiore (per le strutture quadrate, rettangolari o trapezoidali) o secondo il diametro massimo (per le strutture circolari, ellittiche, tondeggianti o, più in generale, per quelle di forma irregolare); su tali basi, devono ritenersi inidonee al nuoto, anche amatoriale, e dunque classificabili come pertinenze, le piscine in cui la massima misura riscontrabile sia contenuta in un segmento di retta di lunghezza non eccedente m. 12,00, quale lunghezza pari alla metà della metà di quella delle piscine utilizzate per uso agonistico (le cui dimensioni sono 50 metri in lunghezza, 25 in larghezza e una profondità costante di 2 metri) che è di m. 12,50, nonché di profondità inferiore a m. 2,00, al fine di non consentirne qualsivoglia uso (subacqueo) o funzione (sportiva) che non sia meramente accessoria all'edificio principale.

[Consiglio di Stato, sez. VI, 2 dicembre 2024, n. 9615](#)

Sicurezza del centro urbano – Coordinamento organi statali-Enti locali – Pubblici esercizi – Quietè urbana – Potere sanzionatorio del sindaco – Presupposti – Delegabilità – Principi di proporzionalità e adeguatezza della sanzione

Nella cornice normativa di nuovo conio tracciata in materia di sicurezza integrata dal d. l. 20 febbraio 2017, n. 14 (convertito dalla l. 18 aprile 2017, n. 48), l'art. 47 l. p. 58/1988 concorre, unitamente all'omologo istituto statale di cui all'art. 100 del T.U.L.P.S., "alla promozione e all'attuazione di un sistema unitario e integrato di sicu-

rezza per il benessere delle comunità territoriali”.

In vista di tutelare la sicurezza sul territorio – più precisamente del centro urbano –, cui obbedisce la recente normativa di settore, si riproduce un modello di coordinamento/intesa degli organi dello Stato con l'ente locale comunale.

Inoltre, la norma provinciale richiamata è parte della disciplina complessiva dei pubblici esercizi della Provincia di Bolzano, volta a garantire la quiete pubblica all'interno dei locali, con l'onere di allontanare le persone che compromettono il normale esercizio dell'attività di somministrazione, e di richiedere, ove necessario, anche l'intervento degli organi di polizia.

Il bene giuridico tutelato dalla norma provinciale – riferito all'ordine e alla morale genericamente intesa – è eterogeneo rispetto a quello salvaguardato dal potere di prevenzione dei reati di cui all'art. 100 del Regio decreto 16 giugno 1931, n. 773; coerentemente il potere sanzionatorio esercitato dal sindaco ha ad oggetto comportamenti lesivi della quiete pubblica, non omologabile concettualmente, ancor prima che giuridicamente, alla sicurezza e all'ordine pubblico nell'accezione tecnica che li connota.

La norma (cfr. art. 47, comma 3, l.p. cit.) testualmente prevede che “...il sindaco può sospendere la licenza di esercizio fino a un massimo di tre mesi, oppure anticipare, in casi meno gravi o di reiterato o indebito disturbo del vicinato a causa dell'attività dell'esercizio stesso, l'orario di chiusura. Qualora i fatti che hanno determinato la sospensione si ripetano, può revocare la licenza di esercizio”.

Il sindaco, quindi, è titolare *ope legis* del potere di cui si discute, il quale può essere esercitato dall'assessore, ove legittimamente delegato.

Quanto all'adozione del provvedimento di sospensione, va precisato che non sono necessariamente richiesti tumulti o gravi disordini, essendo sufficiente che il pubblico esercizio sia abituale ritrovo di persone pregiudicate o pericolose o costituisca, comunque, un pericolo per l'ordine, la moralità o la sicurezza pubblica.

La graziazione della sanzione deve tenere conto dei fatti accertati, corrispondenti ai comportamenti ed alle situazioni contrarie alla quiete pubblica, nel rispetto dei principi ordinamentali di proporzionalità ed adeguatezza.

[Consiglio di Stato, sez. VI, 2 dicembre 2024, n. 9616](#)

Pianificazione urbanistica – Opere di urbanizzazione primaria – Installazione di tralicci o antenne di notevoli dimensioni – Vincoli paesaggistici – Autorizzazione paesaggistica

La disposizione di cui all'art. 86, comma 3, del d.lgs. n. 259/2003, nell'assimilare le stazioni radio base ad opere di urbanizzazione primaria, afferma la compatibilità delle stesse a qualsiasi destinazione urbanistica ma senza che ciò riverberi i suoi effetti sui vincoli paesaggistici gravanti sull'area.

Per l'installazione di tralicci o antenne di notevoli dimensioni è richiesta l'autorizzazione paesaggistica.

[Consiglio di Stato, sez. V, 4 dicembre 2024, n. 9713](#)

Servizi pubblici locali – Ratio e fondamento – Trasporti pubblici di passeggeri per ferrovia e su strada – Aggiudicazione tramite gare pubbliche – Deroche – Affidamento diretto – Normativa comunitaria e interna – Avviso di preinformazione e avviso di indizione della procedura di affidamento diretto

Originariamente, il settore dei servizi pubblici locali era per la maggior parte appannaggio dei pubblici poteri, attraverso forme di gestione diretta ovvero tramite aziende municipalizzate, e di pochissimi operatori privati. La modifica di tale assetto –

a partire dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 (“Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell’art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59”) – si è pertanto imposta, sia per ragioni di carattere finanziario, avendo il processo di integrazione europea precluso il ripianamento statale del deficit dei bilanci locali, sia per le criticità delle anzidette modalità di gestione, non in grado di rispondere pienamente alle moderne esigenze di sviluppo infrastrutturale.

I servizi di interesse economico generale nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri per ferrovia e su strada trovano la loro principale disciplina nel Regolamento (CE) n. 1370/2007 adottato il 23 ottobre 2007 ed entrato in vigore il 3 dicembre 2009 (che abroga i Regolamenti del Consiglio n. 1191/69 e n. 1107/70), da ultimo modificato dal Regolamento 2338/2016 del 14 dicembre 2016.

Detto Regolamento, come regola generale, prevede che le autorità competenti assegnano contratti di servizio pubblico tramite procedure di aggiudicazione degli appalti, idonee a creare le condizioni di un’effettiva concorrenza (art. 5, paragrafo 3).

Deroghe alla procedura di gara sono previste dall’art. 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6.

In particolare, l’art. 5 par. 4, prevede che “A meno che sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1 000 000 EUR, oppure che riguardano la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300 000 chilometri l’anno.

Qualora un contratto di servizio pubblico sia aggiudicato direttamente a una piccola o media impresa che opera con non più di 23 veicoli, dette soglie possono essere aumentate o a un valore annuo medio stimato inferiore a 2 000 000 EUR oppure, qualora il contratto riguardi la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri, inferiore a 600 000 chilometri l’anno”.

Il legislatore nazionale ha recepito questa possibilità di ricorso all’affidamento diretto, prevedendo all’art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99 (“Disposizioni per lo sviluppo e l’internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia”) che «Al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all’aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all’articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6 all’articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007. Alle società che, in Italia o all’estero, risultino aggiudicatrici di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del predetto regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica l’esclusione di cui all’articolo 18, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422».

È poi successivamente intervenuto il decreto legislativo 23 dicembre 2022 n. 201 (“Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”) che all’art. 14 (Inserito nel titolo III) ha previsto, in via generale, quanto alle modalità di gestione del servizio pubblico locale, ai commi 1/3 che “1. Tenuto conto del principio di autonomia nell’organizzazione dei servizi e dei principi di cui all’articolo 3, l’ente locale e gli altri enti competenti, nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell’interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all’organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione:

- a) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dall’articolo 15, nel rispetto del diritto dell’Unione europea;
- b) affidamento a società mista, secondo le modalità previste dall’articolo 16, nel rispetto del diritto dell’Unione europea;

- c) affidamento a società in house, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea, secondo le modalità previste dall'articolo 17;
- d) limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all' articolo 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000.

2. Ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati. Nella valutazione di cui al presente comma, l'ente locale e gli altri enti competenti tengono altresì conto dei dati e delle informazioni che emergono dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30.

3. Degli esiti della valutazione di cui al comma 2 si dà conto, prima dell'avvio della procedura di affidamento del servizio, in un'apposita relazione nella quale sono evidenziate altresì le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta, nonché illustrati gli obblighi di servizio pubblico e le eventuali compensazioni economiche, inclusi i relativi criteri di calcolo, anche al fine di evitare sovracompenzazioni”.

Il richiamato art. 15 a sua volta prevede che “Gli enti locali e gli altri enti competenti affidano i servizi di interesse economico generale di livello locale secondo la disciplina in materia di contratti pubblici, favorendo, ove possibile, in relazione alle caratteristiche del servizio da erogare, il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi, in modo da assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore”.

L'art. 32, precipuamente dedicato al trasporto pubblico locale, peraltro prevede, ai commi 1 e 2 che “Fermo restando quanto previsto dal titolo I e dal diritto dell'Unione europea, al settore del trasporto pubblico locale trovano diretta applicazione le disposizioni di cui al titolo III, fatto salvo quanto previsto dai commi 2 e 3, nonché gli articoli 29, 30 e 31.

2. Ai fini della scelta delle modalità di gestione e affidamento del servizio, si tiene anche conto di quelle indicate dalla normativa europea di settore, nei casi e nei limiti dalla stessa previsti, ferma restando l'applicabilità dell'articolo 14, commi 2 e 3 e dell'articolo 17” (il quale prevede l'affidamento in house)”.

Dalla disamina della normativa comunitaria, non emerge un quadro normativo nel quale l'affidamento diretto debba essere preferito alle altre forme di affidamento.

Infatti, se è vero che il considerando n. 23 del Regolamento (CE) 1370/2007 prevede che “è opportuno che la gara d'appalto per l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico non sia obbligatoria quando il contratto abbia per oggetto somme o distanze di modesta entità”, detto considerando, nel consigliare (è opportuno) la non obbligatorietà della gara, non dà alcuna indicazione in ordine alla prevalenza della modalità dell'affidamento diretto sulle altre forme di affidamento ed in particolare sulla procedura ad evidenza pubblica.

Peraltro, l'indicazione del considerando n. 23 non è vincolante per il legislatore nazionale, che ben può per contro imporre l'obbligatorietà della gara, senza con ciò violare il diritto eurounitario.

Ciò è confermato *claris verbis* dall'art. 5 par. 4 del Regolamento, secondo il quale, come innanzi precisato “A meno che sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità

competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1 000 000 EUR oppure che riguardano la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300 000 chilometri l'anno [...]”. Pertanto occorre porre attenzione alla normativa interna vigente *ratione temporis* che, in via generale e anche nel settore del trasporto pubblico, assegna rilievo prioritario agli strumenti individuati dall'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 201 del 2022 che al riguardo prevede “1.Tenuto conto del principio di autonomia nell'organizzazione dei servizi e dei principi di cui all'articolo 3, l'ente locale e gli altri enti competenti, nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione:

- a) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal dall'articolo 15, nel rispetto del diritto dell'Unione europea;
- b) affidamento a società mista, secondo le modalità previste dall'articolo 16, nel rispetto del diritto dell'Unione europea;
- c) affidamento a società in house, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea, secondo le modalità previste dall'articolo 17;
- d) limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all' articolo 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000”.

Premesso che l'avviso di preinformazione non serve *ex se* ad indagare il mercato, ma solo a rendere conto degli elementi del futuro appalto o della concessione e delle modalità scelte per il relativo affidamento, affinché gli operatori siano resi edotti della caratteristiche dell'affidamento per tempo utile, detto documento non può essere confuso con l'avviso di indizione della procedura di affidamento diretto, con richiesta di manifestazione di interesse, all'esito del quale soltanto gli operatori del settore possono chiedere di essere consultati.

[Consiglio di Stato, sez. IV, 5 dicembre 2024, n. 9758](#)

Pianificazione urbanistica – Convenzioni urbanistiche – Risoluzione per inadempimento – Obblighi restitutori corrispettivi – Natura giuridica – Compensazione impropria – Rivalutazione monetaria

In relazione ad una convenzione urbanistica di cui sia stata disposta in via giudiziale la risoluzione per inadempimento, la restituzione di ciò che è stato versato in esecuzione di essa non integra un'obbligazione risarcitoria relativa al ristoro del danno emergente, bensì un'obbligazione restitutoria, poiché gli obblighi restitutori derivanti dalla sentenza costitutiva di risoluzione per inadempimento del contratto derivano dal venir meno, per effetto dell'anzidetta pronuncia costitutiva, della causa delle reciproche obbligazioni; di tal che, trova senz'altro applicazione il principio di retroattività degli effetti della sentenza di risoluzione, ai sensi dell'art. 1458 c.c.

In relazione ad una convenzione urbanistica di cui sia stata disposta in via giudiziale la risoluzione per inadempimento, allorché le prestazioni contrattuali sono irripetibili per le loro intrinseche caratteristiche, come avviene quando esse siano consistite nel godimento di un determinato bene per un certo periodo di tempo, opera la compensazione impropria tra obbligazioni restitutorie corrispettive, delle quali l'una ha ad oggetto un'obbligazione ripetibile in natura (somma di denaro o consegna della *res*) e l'altra corrisponde al godimento del bene *medio tempore* avuto dalla controparte ed è per tale ragione irripetibile, sicché, in tali ipotesi, si giustifica la riduzione della prima obbligazione per effetto dell'anzidetta compensazione impropria.

In relazione ad una convenzione urbanistica di cui sia stata disposta in via giudiziale la risoluzione per inadempimento, quanto alla domanda di restituzione delle somme versate, non avendo essa natura risarcitoria, non è dovuta la rivalutazione monetaria, trattandosi di debito di valuta e non di valore, mentre sono dovuti gli interessi nella misura legale, salva prova del maggior danno, ex art. 1224, 2 comma c.c.; tali interessi decorrono dalla data della domanda giudiziale e non dalla data del versamento e neppure dall'atto di costituzione in mora, poiché la sentenza di risoluzione per inadempimento è una pronuncia costitutiva e non meramente dichiarativa.

[Consiglio di Stato, sez. III, 9 dicembre 2024, n. 9823](#)

Intervento di nuova costruzione – Creazione di luoghi di culto e luoghi destinati a centri sociali Titolo edilizio – Mutamento di destinazione d'uso con alterazione del carico urbanistico – Istruttoria – Legge regionale Lombardia – Oneri di urbanizzazione – Ratio

La legittima applicazione dell'art. 52, comma 3 -bis l. r. Lombardia n. 12 del 2005, secondo cui i mutamenti di destinazione d'uso di immobili, anche non comportanti la realizzazione di opere edilizie, finalizzati alla creazione di luoghi di culto e luoghi destinati a centri sociali, sono assoggettati a permesso di costruire, postula un accertamento concreto dell'aumento del carico urbanistico determinato dalla nuova destinazione d'uso rispetto a quella pregressa. Conseguentemente è illegittimo il provvedimento comunale che ordini il ripristino relativamente al cambio di destinazione d'uso senza opere, da laboratorio artigianale a luogo di culto, in assenza di adeguata istruttoria circa l'effettivo aumento del carico urbanistico.

L'accertamento del maggiore carico urbanistico, che giustifica la necessità del permesso di costruire e la corresponsione dei relativi oneri di urbanizzazione, assolve alla prioritaria funzione di compensare la collettività per il nuovo ulteriore carico urbanistico che si riversa sulla zona, con la precisazione che per aumento del carico urbanistico deve intendersi tanto la necessità di dotare l'area di nuove opere di urbanizzazione, quanto l'esigenza di utilizzare più intensamente quelle già esistenti.

[Consiglio di Stato, sez. IV, 13 dicembre 2024, n. 10047](#)

Pianificazione urbanistica – Piano Urbanistico Comunale – Delibera comunale di variante – Discrezionalità – Interessi rilevanti

È legittima la delibera con la quale il Comune approva una variante al P.U.C., relativa ad un'area industriale, limitando l'insediamento solo alle attività agroalimentari, poiché con essa l'ente locale non ha inteso istituire un distretto agroalimentare o un distretto del cibo, quanto piuttosto creare le condizioni perché questo venga individuato dalle autorità competenti ovvero possa ulteriormente svilupparsi, a tal fine esercitando la propria potestà pianificatoria, il cui esercizio è connotato da ampia discrezionalità; la scelta, nel caso di specie, si fonda, da un lato, sulle criticità occupazionali e, dall'altro, sulla vocazione agricola del territorio in cui la zona in questione è inserita, orientando lo sviluppo economico del territorio verso determinate produzioni, escludendo le altre, la quale scelta rientra nella discrezionalità – e nella responsabilità – del pianificatore.

[Consiglio di Stato, sez. II, 13 dicembre 2024, n. 10076](#)

Procedimento amministrativo – Silenzio assenso in materia edilizia – Specialità – Art. 20, c. 8, d.P.R. 380/2001 – Abuso edilizio – Convalida – Fiscalizzazione

Deve ribadirsi l'orientamento tradizionale per cui in materia edilizia l'istituto del

silenzio assenso non è regolato direttamente dall'art. 20 della legge n. 241 del 7 agosto 1990, ma è soggetto a una disciplina speciale, che ne definisce ambito e condizioni di applicazione. D'altronde, lo stesso silenzio assenso regolato dall'art. 20 della l. n. 241 del 1990 non è un istituto di carattere generale destinato ad applicarsi in via residuale in mancanza di una diversa disciplina, sia perché incontra le esclusioni e preclusioni elencate nel comma 4, sia perché la regola è quella secondo cui le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, a norma dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990 e nel rispetto dei principi di legalità e trasparenza; tale è il caso dell'istanza ex art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001, che non disciplina le conseguenze della mancata risposta dell'amministrazione sull'eventuale istanza del privato, per cui non può formarsi il silenzio assenso su di essa, anche alla luce della natura in realtà officiosa del procedimento, come si desume dal tenore letterale e dalla funzione della disposizione.

L'art. 20, comma 8 del d.P.R. n. 380 del 6 giugno 2001, da un lato esige che il diniego, per poter inibire la formazione dell'assenso tacito, deve essere "motivato", dall'altro esclude che l'istituto si applichi laddove l'immobile o l'area in cui questo si trova siano sottoposti a vincoli, nonché quando vi siano state richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase. A conferma di ciò, si desume: i) dalla disciplina in materia di silenzio assenso sull'istanza di condono che esso si formi solo se ricorrono tutti i requisiti soggettivi e oggettivi per l'accoglimento della stessa (cfr. artt. 31 e ss. l. n. 47 del 28 febbraio 1985, art. 39, l. n. 724 del 23 dicembre 1994 e art. 32 d.l. n. 269 del 30 settembre 2003, convertito con modificazioni in l. n. 326 del 24 novembre 2003); ii) che sull'istanza di accertamento di conformità, l'art. 36, comma 3 del d.P.R. n. 380 del 2001 prevede il meccanismo del silenzio diniego. Di tal che, laddove il legislatore, in materia edilizia, non abbia espressamente qualificato la mancata tempestiva risposta dell'amministrazione come silenzio assenso, ovvero come silenzio diniego, essa configura un'ipotesi di silenzio inadempimento, rispetto alla quale il privato può tutelarsi con l'azione di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a. per ottenere l'accertamento dell'obbligo di provvedere e, se ne ricorrono i presupposti, anche una pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio.

L'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 6 giugno 2001 contempla tre diverse fattispecie: (i) la prima riferibile a un titolo edilizio annullato per un vizio di procedura emendabile e che perciò è soggetto a convalida ordinaria; (ii) la seconda, nella quale il vizio di procedura accertato è insanabile, ma l'opera realizzata, pur abusiva, è conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia, la quale, perciò, può essere mantenuta previa applicazione di una sanzione pecuniaria, il cui integrale versamento produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria; (iii) la terza, nella quale il vizio per cui è stato annullato il titolo edilizio è di natura sostanziale, quindi l'intervento è contrastante con la disciplina applicabile, circostanza che preclude tanto la convalida, quanto la "fiscalizzazione" e impone il ripristino dello stato dei luoghi.

In sostanza, l'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001 disciplina la convalida introducendo elementi di specialità rispetto all'art. 21-nonies, comma 2, della legge n. 241 del 7 agosto 1990, perché, da un lato, consente la convalida del provvedimento "annullato" – non già "annullabile" – mentre di regola la convalida è preclusa dalla formazione del giudicato, e, dall'altro, la limita ai vizi "di procedura" (escludendo quindi i vizi sostanziali) (nel caso di specie, è stato rilevato il contrasto tra la destinazione dell'immobile e la disciplina urbanistica a esso applicabile, che di per sé esclude la "fiscalizzazione").

L'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001 è norma di favore che consente che si producano, in conseguenza del pagamento di una sanzione pecuniaria, i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, pur in presenza di un bene (formalmente) abusivo, perché comunque il titolo avrebbe dovu-

to essere rilasciato, stante la sostanziale legittimità dell'opera alla disciplina urbanistica all'epoca vigente e a cui si correla l'affidamento del privato, con la conseguenza che non può assumere rilevanza sanante una disciplina urbanistica o edilizia sopravvenuta, non potendo il privato logicamente confidare in una modifica del quadro normativo che renda legittimo ciò che prima non lo era. Ciò discende altresì dall'esigenza di evitare la riproposizione della tesi della "sanatoria giurisprudenziale", ossia appunto della sanabilità dell'immobile per "conformità sopravvenuta", che è stata infine disattesa in mancanza di una base legale, né depone in senso contrario il decreto legge n. 69 del 29 maggio 2024, convertito con modificazioni in legge n. 105 del 24 luglio 2024, da un lato, perché non ancora vigente al momento dell'adozione del provvedimento impugnato, dall'altro, perché esso «non ha inteso superare il requisito della cosiddetta "doppia conformità", ma ne ha circoscritto l'ambito di applicazione agli abusi edilizi di maggiore gravità.

[Consiglio di Stato, sez. V, 20 dicembre 2024, n. 10265](#)

Procedimento amministrativo – Potere di revoca ex art. 21 quinquies L. 241/1990 – Ratio e presupposti – Discrezionalità – Istanza del privato

Il potere di revoca ex art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990, si configura come lo strumento di autotutela decisoria preordinato alla rimozione, con efficacia *ex nunc*, di un provvedimento all'esito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico alla sua conservazione. I presupposti del valido esercizio dello *ius poenitendi* sono definiti dall'art. 21 quinquies, cit., e consistono nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto e in una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico originario.

Il potere di revoca è connotato da un'ampia discrezionalità, dal momento che, a differenza del potere di annullamento di ufficio, che postula anche l'illegittimità dell'atto da rimuovere, quello di revoca esige solo una valutazione di opportunità, seppure ancorata alle condizioni legittimanti espresse dalla norma succitata, sicché il valido esercizio dello stesso resta, comunque, rimesso ad un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'amministrazione precedente, rispetto al quale l'istanza del privato assume solo una valenza sollecitatoria.

L'essenza della revoca, quale tipico atto di secondo livello, è proprio la rimozione di un provvedimento anteriore valido, ma ritenuto inopportuno per sopravvenuti motivi di pubblico interesse o per mutamento della situazione di fatto, ma anche a causa di una rivalutazione dell'interesse pubblico originariamente considerato dall'amministrazione.

* * *

[Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, sez. autonoma di Bolzano, 6 agosto 2024, n. 212](#)

Procedimento amministrativo – Legittimo affidamento del privato – Requisito oggettivo e soggettivo – Natura giuridica – Pianificazione urbanistica – Discrezionalità – Onere motivazionale attenuato

Il principio di tutela del legittimo affidamento, di derivazione comunitaria, impone che una situazione di vantaggio, assicurata a un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, non può essere successivamente rimossa, salvo che non sia strettamente necessario per l'interesse pubblico e fermo in ogni caso l'indennizzo della posizione acquisita. Naturalmente, affinché un affidamento sia legittimo è necessario un requisito oggettivo, che coincide con la necessità che il vantaggio sia chiaramente attribuito da un atto all'uopo rivolto e che sia decorso un arco temporale tale da generare l'aspettativa del suo consolidamento, e un requisito soggettivo, che

coincide con la buona fede non colposa del destinatario del vantaggio (l'affidamento non è quindi legittimo ove chi lo invoca versi in una situazione di dolo o colpa). Con la L.15/2005, il principio di garanzia del legittimo affidamento è stato recepito a livello nazionale, da un lato subordinando l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio al limite temporale del termine ragionevole oltre che ai criteri della comparazione degli interessi (art. 21-nonies della L. n. 241/1990); dall'altro stabilendo la tutela indennitaria a vantaggio del destinatario del provvedimento di revoca anticipata (art. 21-quinquies della stessa L. n. 241/1990).

Dalla nozione comunitaria di affidamento deve distinguersi la nozione nazionale: quest'ultima, infatti, non costituisce una regola attizia volta a limitare il potere amministrativo di disconoscere i vantaggi riconosciuti con pregressi atti, ma è una regola comportamentale, iscrivibile nel generale canone di buona fede, volta a non ingenerare, con le proprie condotte, aspettative destinate a essere deluse.

L'esistenza di una precedente diversa previsione urbanistica non comporta per l'Amministrazione la necessità di fornire particolari spiegazioni sulle ragioni delle differenti scelte operate, anche quando queste siano nettamente peggiorative per i proprietari e per le loro aspettative, dovendosi in tali casi dare prevalente rilievo all'interesse pubblico che le nuove scelte pianificatorie intendono perseguire; più specificamente, la mera esistenza, nella pianificazione previgente, di una destinazione urbanistica più favorevole al proprietario non è circostanza sufficiente a fondare in capo a quest'ultimo quell'aspettativa qualificata la cui sussistenza imporrebbe all'Amministrazione un obbligo di più puntuale e specifica motivazione rispetto a quella, di regola sufficiente, basata sul richiamo alle linee generali di impostazione del piano.

[Tar Puglia, Bari, sez. III, 6 settembre 2024, n. 967](#)

Pianificazione urbanistica – Approvazione del progetto di opera pubblica e sua variante – Legittimità – Relazione peritale del privato – Discostamento – Onere motivazionale – Interesse pubblico

È illegittima per difetto di motivazione la delibera del consiglio comunale di approvazione del progetto di opera pubblica e relativa variante urbanistica, con imposizione del vincolo preordinato all'esproprio, che si discosti immotivatamente dalla relazione peritale del privato, non specificamente contestata e parimenti satisfattiva degli interessi pubblici di riferimento, con cui si propone una soluzione progettuale con un minor sacrificio rispetto alla localizzazione approvata dall'amministrazione che, viceversa, risulti maggiormente impattante sul pregio architettonico, sulla possibilità d'uso e sul valore commerciale dei suoli.

[Tar Veneto, Venezia, sez. I, 13 settembre 2024, n. 2160](#)

Procedimento amministrativo – Provvedimento invalido – Nullità strutturale – Annullabilità – Mancanza di copertura finanziaria – Illegittimità – Legittimazione procedimentale – Ratio

Anche dopo la positivizzazione della nullità "strutturale" del provvedimento amministrativo, con il suo inserimento nei casi previsti dall'art. 21-septies, legge 7-8-1990, n. 241, tale peculiare vizio può essere ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l'inesistenza dell'oggetto; questa ipotesi di nullità ricorre quando il vizio, da cui l'atto amministrativo è affetto, assume connotati di gravità ed evidenza tali da impedirne la qualificazione come manifestazione di potere amministrativo, sia pure eventualmente illegittima; solo in questi casi eccezionali non sussistono, di conseguen-

za, le ragioni di certezza dell'azione amministrativa alla base del carattere generalizzato del vizio dell'annullabilità ex art. 21-octies comma 1, cit. legge n. 241 del 1990, e del termine breve e a pena di decadenza per ricorrere in sede giurisdizionale; al di fuori di questa evenienza — e delle altre tassative ed eccezionali codificate dalla disposizione in esame della legge generale sul procedimento amministrativo — ogni patologia, da cui la manifestazione di volontà autoritativa risulti affetta, deve essere ascritta all'ipotesi generale dell'annullabilità ai sensi del cit. art. 21-octies, deviazione rispetto alla causa tipica del potere autoritativo, anche nelle ipotesi più gravi in cui la condotta del funzionario autore dell'atto sia qualificabile reato.

La mancanza della copertura finanziaria è causa di illegittimità - non di nullità - dei provvedimenti che determinano una spesa.

La legittimazione procedimentale è cosa diversa rispetto alla legittimazione processuale; la legittimazione ad agire non può discendere automaticamente dalla pressa partecipazione procedimentale, atteso che quest'ultima, a differenza della prima, può trovare piena giustificazione in una finalità collaborativa, che non presuppone la titolarità di una posizione giuridica qualificata e differenziata, che è invece requisito necessario per riconoscere a chi agisce la legittimazione processuale.

Tar Campania, Napoli, sez. III, 16 settembre 2024, n. 4974

Abuso edilizio – Ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi – Destinatari - Presupposti – Destinatari – Inottemperanza – Prova liberatoria – Decorso temporale – Irrilevanza – Onere motivazionale attenuato – Affidamento del privato – Rapporto tra natura vincolata del provvedimento e garanzie partecipative – Certificato di agibilità – Natura giuridica – Finalità – Accertamento della conformità dei manufatti alle norme urbanistico-edilizie – Rapporti – Atto amministrativo plurimotivato – Onere probatorio del carattere risalente del manufatto – Nozione di “gazebo”

Non può avere rilievo, ai fini della validità dell'ordine di demolizione, il tempo trascorso tra la realizzazione dell'opera abusiva e la conclusione dell'iter sanzionatorio. La mera inerzia da parte dell'Amministrazione nell'esercizio di un potere-dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l'edificazione *sine titulo*) è sin dall'origine illegittimo. Allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere “legittimo” in capo al proprietario dell'abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata. Non si può applicare a un fatto illecito (l'abuso edilizio) il complesso di acquisizioni che, in tema di valutazione dell'interesse pubblico, è stato enucleato per la diversa ipotesi dell'autotutela decisoria. Non è in alcun modo concepibile l'idea stessa di connettere al decorso del tempo e all'inerzia dell'Amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare l'abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in qualche misura l'edificazione avvenuta senza titolo, non emergendo oltretutto alcuna possibile giustificazione normativa a una siffatta - e inammissibile - forma di sanatoria automatica. Se pertanto il decorso del tempo non può incidere sull'ineludibile doverosità degli atti volti a perseguire l'illecito attraverso l'adozione della relativa sanzione, deve conseguentemente essere escluso che l'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo debba essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata. In tal caso, è del tutto congruo che l'ordine di demolizione sia adeguatamente motivato mercé il richiamo al comprovato carattere abusivo dell'intervento, senza che si impongano sul punto ulteriori oneri motivazionali, applicabili nel diverso ambito dell'autotutela decisoria. Il decorso del tempo, lungi dal radicare in qualche misura la

posizione giuridica dell'interessato, rafforza piuttosto il carattere abusivo dell'intervento. Anche nel caso in cui l'attuale proprietario dell'immobile non sia responsabile dell'abuso e non risulti che la cessione sia stata effettuata con intenti elusivi, le conclusioni sono le stesse.

Né ai fini della ritenuta legittimità del provvedimento impugnato rileva la circostanza che la citata ordinanza di chiusura dell'attività sia stata adottata unicamente per insussistenza del certificato di agibilità. Ciò per la risolutiva circostanza che trattasi di provvedimenti aventi presupposti diversi e ai fini dell'adozione dell'ordinanza di chiusura dell'attività deve ritenersi sufficiente l'insussistenza del certificato di agibilità: il certificato di agibilità è pre-requisito necessario per lo svolgimento di qualsiasi attività, che - in difetto - può essere inibita.

In questo senso, non soltanto in base al combinato disposto degli artt. 24, comma 3, del d.P.R. n. 380/2001 e 35, comma 20, della L. n. 47/1985 l'accertamento della conformità dei manufatti alle norme urbanistico-edilizie costituisce il presupposto indispensabile per il legittimo rilascio del certificato di agibilità, ma ancor prima della logica giuridica, è la ragionevolezza ad escludere che possa essere utilizzato, per qualsiasi destinazione, un fabbricato non conforme alla normativa urbanistico-edilizia e, come tale, potenzialmente in contrasto con la tutela della pluralità d'interessi collettivi alla cui protezione la disciplina è preordinata.

Ed invero, pur essendoci un collegamento funzionale tra i due tipi di provvedimenti, atteso che il rilascio del certificato di agibilità, ora segnalazione certificata di agibilità, presuppone la conformità delle opere al permesso di costruire - tra i diversi presupposti essenziali di validità dell'agibilità troviamo anche l'avvenuta esecuzione dell'opera in conformità al progetto presentato ai sensi dell'art. 24, comma 1, del d.P.R. n. 380/2001 - trattati di provvedimenti autonomi.

È legittimo l'annullamento della segnalazione certificata di agibilità a seguito del provvedimento di chiusura di un'attività agrituristica e dell'ordinanza di demolizione di opere realizzate in difformità ai titoli posseduti.

Nel caso in cui il provvedimento amministrativo sia sorretto da più ragioni giustificatrici tra loro autonome, è sufficiente a sorreggere la legittimità dell'atto la fondatezza anche di una sola di esse, il che comporta la carenza di interesse della parte ricorrente all'esame delle ulteriori doglianze volte a contestare le altre ragioni giustificatrici, atteso che, seppur tali ulteriori censure si rivelassero fondate, il loro accoglimento non sarebbe comunque idoneo a soddisfare l'interesse del ricorrente ad ottenere l'annullamento del provvedimento impugnato.

È posta in capo al proprietario (o al responsabile dell'abuso) assoggettato a ingiunzione di demolizione l'onere di provare il carattere risalente del manufatto della cui demolizione si tratta. Ciò vale non solo per l'ipotesi in cui si chiede di fruire del beneficio del condono edilizio, ma anche - in generale - per potere escludere la necessità del previo rilascio del titolo abilitativo, ove si faccia questione, appunto, di opera risalente ad epoca anteriore all'introduzione del regime amministrativo autorizzatorio dello *ius aedificandi*.

Infatti, solo il privato può fornire (in quanto ordinariamente ne dispone e dunque in applicazione del principio di vicinanza della prova) inconfutabili atti, documenti o altri elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione del manufatto; mentre l'Amministrazione non può, di solito, materialmente accertare quale fosse la situazione all'interno dell'intero suo territorio.

Vero è che si ammette un temperamento di tale regola nel caso in cui il privato porti a sostegno della propria tesi sulla realizzazione dell'intervento prima di una certa data elementi rilevanti, seppure non univocamente probanti (ad esempio, aerofotogrammetrie, dichiarazioni sostitutive di edificazione o altre certificazioni attestanti

fatti o circostanze rilevanti). A tal fine, è necessaria la produzione di documentazione oggettivamente comprovante l'epoca di realizzazione del manufatto.

Per "gazebo" si intende, nella sua configurazione tipica, una struttura leggera, non aderente ad altro immobile, coperta nella parte superiore ed aperta ai lati, realizzata con una struttura portante in ferro battuto, in alluminio o in legno strutturale, talvolta chiuso ai lati da tende facilmente rimuovibili.

Devono essere espressi i seguenti principi di diritto:

- a) ai sensi dell'art. 31, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 l'ordinanza di demolizione ha come destinatari il proprietario ed il responsabile dell'abuso, in forma non alternativa, ma congiunta e simultanea, così rendendo palese che entrambi questi soggetti sono chiamati a ripristinare il corretto assetto edilizio violato dall'abuso;
- b) il presupposto per l'adozione di un'ordinanza di demolizione non è l'accertamento di responsabilità nella commissione dell'illecito, bensì l'esistenza di una situazione dei luoghi contrastante con quella prevista nella strumentazione urbanistico-edilizia: sicché sia il soggetto che abbia la titolarità a eseguire l'ordine ripristinatorio, ossia in virtù del diritto dominicale il proprietario, che il responsabile dell'abuso sono destinatari della sanzione reale del ripristino dei luoghi; il soggetto passivo dell'ordine di demolizione viene, quindi, individuato nel soggetto che ha il potere di rimuovere concretamente l'abuso, potere che compete indubbiamente al proprietario, anche se non responsabile in via diretta; pertanto, affinché il proprietario di una costruzione abusiva possa essere destinatario dell'ordine di demolizione, non occorre stabilire se egli sia responsabile dell'abuso, poiché la stessa disposizione si limita a prevedere la legittimazione passiva del proprietario non responsabile all'esecuzione dell'ordine di demolizione, senza richiedere l'effettivo accertamento di una qualche sua responsabilità;
- c) l'ordine di natura reale è, quindi, correttamente rivolto al proprietario a prescindere dalla responsabilità dello stesso nella realizzazione dell'illecito che investe il diverso tema relativo alla sanzione amministrativa o al provvedimento acquisitivo;
- d) in materia di abusi edilizi, il proprietario di un manufatto abusivo, per sottrarsi alle conseguenze dell'ordine di demolizione rimasto inottemperato, deve dimostrare non soltanto la propria estraneità alla commissione degli abusi e la messa in pratica di tutte le misure offerte dall'ordinamento per impedire gli abusi stessi, ma anche di aver intrapreso tutte le iniziative idonee a ripristinare lo stato dei luoghi nei sensi e nei modi richiesti dall'autorità amministrativa, attivandosi anche nei confronti del soggetto che abbia la disponibilità del bene per costringerlo ad eseguire la demolizione;
- e) nel caso in cui il soggetto nei cui confronti sia stato emesso un ordine di demolizione dimostri, in maniera inconfutabile, di aver attivato tutti gli strumenti predisposti dall'ordinamento per sottrarre l'immobile abusivo al vincolo esistente e provvedere al ripristino dell'ordine giuridico violato, può ritenersi esclusa la volontarietà dell'inottemperanza.

L'esercizio del potere repressivo degli abusi edilizi costituisce manifestazione di attività amministrativa doverosa, con la conseguenza che i relativi provvedimenti integrano atti vincolati per la cui adozione non è necessario l'invio della comunicazione di avvio del procedimento, non essendovi spazio per momenti partecipativi del destinatario dell'atto.

Al riguardo occorre precisare che, quanto al rapporto tra natura vincolata del provvedimento e garanzie partecipative, deve ritenersi illegittima la mancata comunicazione di avvio del procedimento che porta all'adozione di un atto di natura vincolata ove la situazione sottesa si dimostri particolarmente complessa.

[Tar Campania, Napoli, sez. VII, 16 settembre 2024, n. 4982](#)

Pianificazione urbanistica – Piano di rete – Localizzazione – Limiti e criteri – Installazioni fisse di telefonia mobile – Legittimità – Interesse nazionale alla copertura del territorio e all'efficiente distribuzione del servizio

La procedura avente ad oggetto la presentazione, da parte di ciascun gestore e in via necessaria, di un Piano annuale riguardante le installazioni fisse di telefonia mobile da realizzarsi nel territorio comunale (non imposta dalla legislazione statale) può riconoscersi rispondente a criteri di razionalità dell'azione amministrativa, perseguendosi con essa l'intento di conseguire un minimo di conoscenza preventiva e di pianificazione circa l'installazione degli impianti, al fine di poter orientare l'attività amministrativa di preliminare controllo urbanistico edilizio e ambientale in merito all'assentibilità di dette strutture nonché presentando tale previsione (nella sua finalità istruttorio-riconnitiva) una stretta inerenza allo svolgimento della funzione autorizzatoria.

Il piano di rete e il regolamento per la localizzazione e realizzazione degli impianti radioelettrici sono illegittimi nella parte in cui obbligano i gestori a collocare i nuovi impianti esclusivamente nei siti individuati dal piano di rete comunale, con divieto di allocazione su altri siti del territorio comunale.

Tenuto conto di quanto previsto dall'art.8 l. n. 36/2001, non è ammessa l'individuazione di un'area singola o di porzioni ristrette del territorio ove collocare gli impianti in base al perseguimento di interessi di tipo urbanistico esclusivamente locali, costituendo ciò un limite alla localizzazione (non consentito) e non un criterio di localizzazione (consentito). A ciò deve aggiungersi che la potestà attribuita all'amministrazione comunale di identificare le zone dove collocare gli impianti è condizionata dal fatto che l'esercizio di tale facoltà deve essere rivolto alla realizzazione di una rete completa di infrastrutture di telecomunicazioni, tale da non pregiudicare l'interesse nazionale alla copertura del territorio e all'efficiente distribuzione del servizio.

Detto piano di localizzazione – alla luce di quanto sopra osservato circa il fatto che la potestà comunale di identificare le zone dove collocare gli impianti è condizionata dalla condizione che l'esercizio di tale facoltà sia rivolto alla realizzazione di una rete completa di infrastrutture di telecomunicazioni, tale da non pregiudicare, l'interesse nazionale alla copertura del territorio e all'efficiente distribuzione del servizio – non può considerarsi vincolante e conformativo del territorio, dovendo esso contribuire a disegnare dei criteri per una migliore distribuzione della rete e copertura del territorio, ma non potendo introdurre limiti assoluti alla localizzazione, come invece finirebbe per essere se il progettista fosse rigidamente vincolato dalle proposte di localizzazione effettuate anno per anno al Comune.

[Tar Campania, Napoli, sez. II, 18 settembre 2024, n. 5036](#)

Titolo edilizio – Annullamento in autotutela – Comunicazione antimafia – Vincolatività – Natura giuridica accertativa

L'annullamento in autotutela di un permesso a costruire, per intervenuta comunicazione antimafia, è un atto di ritiro vincolato ed accertativo della temporanea incapacità giuridica del soggetto ad essere destinatario di provvedimenti amministrativi ampliativi, che prescinde, dunque, dall'operatività dei presupposti nonché dei limiti applicativi dell'art. 21-novies della legge n. 241 del 1990. A seguito della comunicazione antimafia, la pubblica amministrazione non può, pertanto, rilasciare alcun titolo legittimante lo svolgimento di una qualsiasi attività economica o commerciale e, allorché già emesso, è ineludibile il suo ritiro, stante la sua sostanziale incompatibilità con lo status di destinatario di una interdittiva antimafia.

[Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 19 settembre 2024, n.458](#)**Titolo edilizio – SCIA – Poteri inibitori – Termini – Attività di vigilanza edilizia – Accertamento di abuso edilizio – Natura giuridica – Affidamento – Sanatoria**

Se è stata presentata la SCIA, invece della domanda di permesso di costruire, non può essere applicato il brevissimo termine di 30 giorni ex art. 23, comma 6, DPR n. 380/2001 per l'esercizio del potere di controllo inibitorio.

Poiché per gli interventi edilizi, realizzati mediante SCIA, ma soggetti a permesso di costruire, deve applicarsi l'art. 21, comma 2 bis, L. n. 241/1990, ai sensi del quale “restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di Pubbliche Amministrazioni previste da Leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli artt. 19 e 20” della stessa L. n. 241/1990, l'errore sui requisiti oggettivi della SCIA, essendo una dichiarazione unilaterale, non può comportare, in favore di chi la rende, sia un affidamento vincolante per la Pubblica Amministrazione, che si limita a riceverla, sia la sanatoria della SCIA, mancante di un requisito essenziale, e da ciò consegue che il provvedimento, con cui l'Amministrazione accerta che le opere edili non potevano essere realizzate mediante SCIA, occorrendo il permesso di costruire, non è espressione di autotutela, ma ha valore meramente accertativo di un abuso doverosamente rilevabile e reprimibile senza, peraltro, il limite di dover agire entro un termine ragionevole, chiaramente inapplicabile all'attività di vigilanza edilizia.

[Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 19 settembre 2024, n. 748](#)**Diritto di accesso – Consiglieri comunali – Onere motivazionale – Ratio**

Sui consiglieri comunali non grava alcun particolare onere di motivare le proprie richieste di accesso. Più in particolare, i consiglieri comunali hanno un non condizionato diritto di accesso a tutti gli atti che possano essere d'utilità all'espletamento delle loro funzioni, ciò anche al fine di permettere di valutare - con piena cognizione - la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'Amministrazione, nonché per esprimere un voto consapevole sulle questioni di competenza del Consiglio, e per promuovere, anche nell'ambito del Consiglio stesso, le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale locale.

Il diritto di accesso riconosciuto ai consiglieri comunali è strettamente funzionale all'esercizio delle loro funzioni, alla verifica e al controllo del comportamento degli organi istituzionali decisionali dell'ente locale, ai fini della tutela degli interessi pubblici (piuttosto che di quelli privati e personali) e si configura come peculiare espressione del principio democratico dell'autonomia locale e della rappresentanza esponenziale della collettività; di conseguenza: sul consigliere comunale non può gravare alcun particolare onere di motivare le proprie richieste di accesso, atteso che, diversamente opinando, sarebbe introdotta una sorta di controllo dell'ente, attraverso i propri uffici, sull'esercizio delle funzioni del consigliere comunale.

Diversamente opinando, infatti, la struttura burocratica comunale, da oggetto del controllo riservato al Consiglio, si ergerebbe paradossalmente ad “arbitro” - per di più, senza alcuna investitura democratica - delle forme di esercizio delle potestà pubbliche proprie dell'organo deputato all'individuazione ed al miglior perseguimento dei fini della collettività civica. Ne consegue che sul consigliere comunale non grava, né può gravare, alcun onere di motivare le proprie richieste d'informazione, né gli uffici comunali hanno titolo a richiederle e conoscerle, ancorché l'esercizio del diritto in questione si diriga verso atti e documenti relativi a procedimenti ormai conclusi o risalenti ad epoche remote.

[Tar Puglia, Lecce, sez. III, 20 settembre 2024, n. 1025](#)

Enti locali – Attività del revisore contabile – Gravi inadempienze – Mancata presentazione della relazione alla proposta di deliberazione consiliare del rendiconto nei termini di legge – Potere di revoca – Natura giuridica – Contrasto interpretativo – Potestà/facoltà privatistica

La revoca del Revisore contabile degli Enti Locali è disciplinata dall'art. 235, comma 2, del D. Lgs. n. 267/2000 e ss.mm., secondo cui “2. Il Revisore è revocabile solo per inadempienza ed in particolare per la mancata presentazione della relazione alla proposta di deliberazione consiliare del rendiconto entro il termine previsto dall'articolo 239, comma 1, lettera d)”. Sul punto, la giurisprudenza maggioritaria ha qualificato la revoca di che trattasi alla stregua di un vero e proprio potere pubblicistico, inquadrabile nell'alveo dell'autotutela della P.A., finalizzata alla salvaguardia dell'interesse dell'Ente territoriale, allorquando il Revisore contabile si riveli inadempiente rispetto agli obblighi imposti dalla legge. Secondo tale impostazione, siffatto potere di revoca sarebbe necessariamente caratterizzato da elementi pubblicistici, rinvenibili nel fatto che il predetto potere sarebbe del tutto speculare rispetto a quello contemplato per la nomina di tale Revisore contabile, previsto, invece, dall'art. 234, comma 1, del D. Lgs. n. 267/2000 e ss.mm., secondo cui “1. I consigli comunali, provinciali e delle città metropolitane eleggono con voto limitato a due componenti un collegio di revisori composto da tre membri.”. Inoltre, tale orientamento valorizza la circostanza che la funzione di Revisore contabile degli Enti Locali costituisca un c.d. munus pubblico, per cui non potrebbero giammai venire in rilievo posizioni di diritto soggettivo. Ne conseguirebbe che ogni questione relativa al sindacato sull'esercizio di tale potere di revoca non possa che essere attratta nella giurisdizione generale di legittimità del G.A.

A fronte di tale orientamento, si contrappone invece, quello minoritario, secondo il quale tale provvedimento viene ad incidere su posizioni giuridiche di diritto soggettivo e, segnatamente, sul diritto all'esatto adempimento del contratto stipulato *inter partes* e, nonostante la formale qualificazione in termini di revoca, deve più propriamente essere qualificato quale atto di recesso espressione di un diritto potestativo. Ne discende che della controversia insorta in merito alla effettiva esistenza dei fatti di inadempimento contestati ed alle relative conseguenze patrimoniali, deve essere investito il giudice ordinario in applicazione dell'ordinario criterio di riparto della giurisdizione.

Ebbene, ritiene questo Collegio, meditatamente, di dover dare seguito al secondo orientamento - pur se allo stato minoritario.

In primo luogo, si evidenzia che il dato letterale dell'art. 235, comma 2, del D. Lgs. n. 267/2000 e ss.mm., secondo cui la “revoca” (rectius, recesso) possa avvenire solo per inadempienza ed in particolare per la mancata presentazione della relazione alla proposta di deliberazione consiliare del rendiconto nei termini di legge, implica che si siano verificati gravi inadempimenti relativi alla fase di esecuzione dell'incarico professionale (ancorché connotato da tratti pubblicistici), ossia di vicende rispetto alle quali l'ente pubblico ed il revisore sono posti in posizione paritetica.

Ancora, il termine “revoca” adoperato dalla norma in parola non può essere in alcun modo dirimente, non essendo tale “atto” espressione di una potestà pubblicistica, dal momento che non si è in presenza di alcuna ipotesi (tipica) di autotutela della P.A.; nel dettaglio, non può trattarsi né di una ipotesi di annullamento d'ufficio, di cui all'art. 21-nonies della Legge n. 241/1990 e ss.mm., poiché non viene in rilievo, nel caso di specie, alcuna illegittimità dell'atto di nomina, né di una ipotesi di revoca (pubblicistica) di cui all'art. 21-quinquies della Legge n. n. 241/1990 e ss.mm., atteso che non si verte in tema di inopportunità e di rivalutazione dell'(originario o sopravvenuto) interesse pubblico al verificarsi del denunciato inadempimento. In altri termini, l'Ente

locale – nel disporre la revoca/risoluzione per ravvisate gravi inadempienze nell'espletamento dell'incarico di Revisore dei Conti – non esercita alcuna potestà discrezionale di valutazione comparativa di interessi pubblici (primari e secondari) rispetto all'interesse del privato destinatario dell'atto di "revoca", né è tenuta ad esprimere una motivazione sull'esistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale (necessaria, invece, nella diversa ipotesi di esercizio del potere pubblicistico di secondo grado di autotutela della P.A.), ma deve – solo – accertare se vi siano state (o meno) gravi inadempienze nell'espletamento dell'incarico di Revisore dei Conti (e se sussiste il grave inadempimento, non ha alcun potere discrezionale, ma deve operare la revoca/recesso).

Non può, peraltro, nemmeno essere applicato, nel caso di specie, il dedotto principio di simmetria delle forme, secondo cui la revoca dovrebbe possedere la stessa natura (pubblicistica) dell'atto di nomina di cui all'art. 234, comma 1, del D. Lgs. n. 267/2000 e ss.mm., dal momento che, una volta conclusasi la fase di nomina del Revisore contabile, tutte le vicende inerenti la corretta esecuzione dell'incarico professionale conferito non possono che attenere alla successiva fase esecutiva dell'incarico e, dunque, a posizione di diritto soggettivo come, pure, accade per le similari ipotesi di risoluzione o recesso dal contratto di appalto pubblico da parte della S.A. (vedi: artt. 122 - 123 del D. Lgs. n. 36/2023), stipulato a seguito del provvedimento amministrativo di aggiudicazione.

Tanto precisato, ritiene il Collegio che la revoca del Revisore contabile di cui all'art. 235, comma 2, D. Lgs. n. 267/2000 e ss.mm. sia espressione di una potestà/facoltà privatistica attribuita all'Ente pubblico e riconducibile al generale principio di risoluzione dei rapporti contrattuali contenuto negli artt. 1453 e ss. c.c.

[Tar Campania, Napoli, sez. I, 20 settembre 2024, n. 5039](#)

Enti locali – Gestione finanziaria – Dichiarazione di dissesto – Condizioni – Doverosità – Onere motivazionale attenuato – Presentazione dell'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato – Questione di legittimità costituzionale

La dichiarazione del dissesto ex art. 244 del Tuel costituisce atto dovuto in presenza delle condizioni normativamente prescritte, costituite dalla "incapacità funzionale", ovvero dalla "decozione finanziaria".

La decisione di dichiarare lo stato di dissesto finanziario dell'ente locale rappresenta una determinazione vincolata ed ineludibile, in presenza dei presupposti di fatto fissati dalla legge. Pertanto, essa non può in alcun caso dirsi frutto di una scelta discrezionale dell'ente medesimo. La dichiarazione di dissesto finanziario è un atto rigidamente vincolato che, ai sensi dell'articolo 244 del decreto legislativo 267 del 2000, si rende necessario, laddove l'ente non possa garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili, ovvero qualora esistano nei confronti dell'ente locale crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non si possa fare validamente fronte con gli strumenti forniti dalle norme di contabilità. Deve ritenersi, dunque, motivazione sufficiente per la dichiarazione di dissesto la semplice ricognizione della esistenza di uno o di entrambi i suddetti presupposti.

Non appare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle norme che, escludendo il potere sollecitatorio del Prefetto, riconducono la mancata approvazione del bilancio stabilmente riequilibrato da parte del Consiglio, nel perentorio termine di tre mesi, ad un'ipotesi di scioglimento che mal si concilia con la natura dell'inadempimento e produce un effetto esorbitante, conducendo alla rimozione del Consiglio democraticamente eletto, eccedendo la misura del doveroso rispetto delle autonomie locali. È altresì difficilmente comprensibile l'equiparazione della mancata presentazione dell'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato al compimento di

atti contrari alla Costituzione o a gravi e persistenti violazioni di legge, mancando da un lato la volontà preordinata a disattendere le norme fondamentali dello Stato e, d'altro lato, difettando il connotato di un operato che si contraddistingua per la gravità e persistenza del comportamento negativo od omissivo dell'Ente locale.

L'ipotesi di scioglimento del Consiglio comunale può ritenersi giustificata a fronte di inderogabili e superiori esigenze di garantire l'unitarietà dello Stato, altrimenti risultando violate le prerogative delle autonomie locali e dei singoli consiglieri, laddove – similmente con quanto avviene per l'ipotesi di mancata approvazione del bilancio – all'omissione riscontrata possa avviarsi attraverso il potere sollecitatorio del Prefetto, che consenta all'ente locale territoriale di “recuperare” la propria autonomia e di assolvere alle proprie funzioni, in linea con quanto previsto all'art. 245, terzo comma, del T.U.E.L., che rimette agli organi istituzionali dell'ente il compito di assicurare “condizioni stabili di equilibrio della gestione finanziaria rimuovendo le cause strutturali che hanno determinato il dissesto”.

Va così dichiarata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 5, 51, 97 e 114 della Costituzione:

a) dell'art. 259, primo comma, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 36, limitatamente all'aggettivo “perentorio” in esso contenuto;

b) dell'art. 261, quarto comma, del T.U.E.L., limitatamente all'aggettivo “perentorio” in esso contenuto, per la parte in cui ugualmente stabilisce la perentorietà del termine (di 45 giorni) per la presentazione di una nuova ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato, susseguente all'istruttoria negativa della Commissione per la finanza e gli organici degli enti locali;

c) dell'art. 262, primo comma, del T.U.E.L., limitatamente alla previsione secondo cui “l'inosservanza del termine per la presentazione dell'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato o del termine per la risposta ai rilievi e dalle richieste di cui all'articolo 261, comma 1, o del termine di cui all'articolo 261, comma 4, [...] integrano l'ipotesi di cui all'articolo 141, comma 1, lettera a)”.

[Tar Sicilia, Catania, sez. II, sentenza 23 settembre 2024, n. 3148](#)

Classificazione delle vie pubbliche – Dichiarazione della Giunta comunale di servitù pubblica – Natura giuridica della pretesa – Presunzione di pubblicità – Prova contraria

La valutazione in merito alla contestazione dei provvedimenti di classificazione di una strada e di eventuali diritti reali sulla stessa è rimessa alla cognizione (*rectius* alla giurisdizione) del giudice civile, involgendo pretese di accertamento di un diritto soggettivo.

L'iscrizione di una strada nell'elenco delle vie pubbliche o gravate da uso pubblico riveste funzione puramente dichiarativa della pretesa del Comune e pone una semplice presunzione di pubblicità, superabile con la prova contraria della natura della strada stessa o dell'inesistenza di un diritto di godimento da parte della collettività; ne consegue che la controversia circa la proprietà, pubblica o privata, di una strada o l'inesistenza di diritti di uso pubblico di una strada privata è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, giacché investe l'accertamento di diritti soggettivi, dei privati o della pubblica amministrazione, anche quando la domanda ha formalmente ad oggetto l'annullamento dei provvedimenti di classificazione della strada, atteso che il *petitum* sostanziale, non essendo diretto a sindacare un provvedimento autoritativo della P.A., ha in realtà natura di accertamento petitorio.

[Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 24 settembre 2024, n. 585](#)**Ordinamento contabile – Attestazione di copertura finanziaria dell'atto amministrativo – Competenza – Ratio – Mancanza**

Nel vigente assetto ordinamentale degli enti locali, le questioni di copertura finanziaria non attengono più alla validità del provvedimento che comporta un impegno di spesa. Infatti, a seguito della riscrittura dell'ordinamento contabile e della nuova distribuzione di competenze tra organi politico-amministrativi e responsabili dei singoli servizi, la copertura finanziaria, che prima era un *prius*, successivamente è divenuta, dal punto di vista dell'attestazione formale, un *posterius*. La norma dell'art. 55 comma 5 L. 8 giugno 1990, n. 142, è stata infatti modificata nel senso che l'attestazione di copertura ha assunto un significato accertativo della necessaria copertura di bilancio dell'atto emanato nel contesto del richiesto visto di regolarità contabile, che riguarda anche l'esatta imputazione di spesa. In altri termini, l'attestazione di copertura finanziaria non precede più l'impegno, né soprattutto è requisito di validità, ma accede, completandolo, alla relativa deliberazione o determinazione di spesa di cui diventa condizione di esecutività, con la conseguenza che la sua mancanza non comporta la nullità dell'atto di spesa.

In particolare, tale aspetto è attualmente regolato dall'art. 191, comma quarto del D.lgs. n. 267/2000, che, come appare evidente ad una semplice lettura, riproduce la previsione che l'atto amministrativo emanato senza la copertura finanziaria, lungi dall'essere "nullo di diritto", come previsto dal vecchio testo dell'art. 55, comma 5, della legge n. 142/1990, è valido e diviene esecutivo solo con l'apposizione del visto di regolarità contabile attestante la copertura finanziaria.

[Tar Basilicata, Potenza sez. I, 30 settembre 2024, n. 479](#)**Abuso edilizio – Istanza in sanatoria – Silenzio rigetto – Effetti – Ordine di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi – Efficacia – Natura giuridica – Presupposti – Destinatari**

L'omessa impugnazione del silenzio rigetto ex art. 36 DPR n. 380/2001 comporta il consolidamento della posizione lesiva a danno della persona, alla quale è stata ingiunta la demolizione.

La presentazione di un'istanza di sanatoria ex art. 36 DPR n. 380/2001 non determina la definitiva cessazione di efficacia del precedente ordine di demolizione, ma soltanto una sospensione e/o quiescenza temporanea di efficacia dell'atto sanzionatorio, in quanto: A) se l'istanza di sanatoria viene respinta con provvedimento espresso o con silenzio rigetto, formatosi dopo 60 giorni, l'ordine di demolizione riacquista la sua efficacia, che non era definitivamente cessata, ma era solo sospesa in attesa della conclusione del nuovo iter procedimentale iniziato con la citata istanza ex art. 36 DPR n. 380/2001, senza la necessità di adottare ulteriori provvedimenti di demolizione, fermo restando che, in caso di reiezione esplicita o implicita dell'istanza di sanatoria, il soggetto istante deve poter usufruire dell'intero termine ex art. 31, comma 3, DPR n. 380/2001 di 90 giorni, per eseguire spontaneamente l'ordine di demolizione ed evitare il trasferimento del bene e dell'area di sedime al Comune, mediante la sospensione del suo decorso fino all'esito espresso o tacito dell'istanza di sanatoria (più precisamente il predetto termine di 90 giorni va calcolato, sommando il periodo decorrente dalla ricezione dell'ordinanza di demolizione fino alla proposizione dell'istanza di sanatoria ed il periodo decorrente dalla ricezione del provvedimento espresso di rigetto dell'istanza di sanatoria o dal compimento del 60° giorno nel caso di silenzio rigetto fino al compimento dei predetti 90 giorni); B) poiché il procedimento avviato con la domanda di

sanatoria ex art. 36 DPR n. 380/2001 (volto a verificare la compatibilità urbanistica dell'intervento edilizio abusivo) è un procedimento del tutto autonomo da quello precedente, avviato d'ufficio e conclusosi con l'ingiunzione di demolizione, non vi sono motivi per imporre all'Amministrazione comunale l'obbligo di riesercitare il potere sanzionatorio a seguito dell'esito negativo dell'istanza di sanatoria, anche perché l'ordine di demolizione a suo tempo emanato costituisce un provvedimento vincolato sul quale non interferisce minimamente l'atto di rigetto (esplicito o implicito) dell'istanza di sanatoria; C) l'opposta tesi, secondo cui la mera presentazione dell'istanza di sanatoria ex art. 36 DPR n. 380/2001 fa perdere ogni effetto al precedente provvedimento di demolizione, comporta l'illogica e paradossale conseguenza, che anche il secondo provvedimento di demolizione (emanato dopo la reiezione dell'istanza di sanatoria) potrebbe essere neutralizzato da un'altra istanza ex art. 36 DPR n. 380/2001 e così via in un continuo alternarsi di ingiunzioni di demolizioni e domande di sanatoria, paralizzante dell'azione amministrativa di repressione degli abusi edilizi.

L'ingiunzione di demolizione costituisce la prima ed obbligatoria fase del procedimento repressivo, perché la sanzione demolitoria ha natura di diffida e presuppone solo un giudizio di tipo analitico-ricognitivo dell'abuso commesso, mentre il giudizio sintetico-valutativo, di natura discrezionale, circa la rilevanza dell'abuso e la possibilità di sostituire la demolizione con la sanzione pecuniaria, disciplinato dagli artt. 33 e 34, comma 2, DPR n. 380/2001 soltanto con riferimento alle ristrutturazioni edilizie abusive o in totale difformità ed agli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, deve essere verificato soltanto in un secondo momento, cioè quando il soggetto privato non ha ottemperato spontaneamente alla demolizione e l'organo competente deve emanare l'ordine di esecuzione in danno delle ristrutturazioni realizzate in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire o delle opere edili costruite in parziale difformità dal permesso di costruire.

Ai sensi dell'art. 31, comma 2, DPR n. 380/2001, diversamente dalla responsabilità penale, l'ingiunzione della demolizione degli abusi edilizi va disposta anche nei confronti del proprietario dell'immobile non responsabile, sia perché ha il potere di rimuovere concretamente gli abusi edilizi, sia perché si tratta di una sanzione non di tipo "personale", ma di tipo "reale" e/o "ripristinatorio", avendo la finalità di assicurare l'effettività del prevalente interesse pubblico della conformità urbanistica, tenuto pure conto della circostanza che l'avente causa di un immobile abusivo succede in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi relativi al bene ceduto facenti capo al precedente proprietario, compresi gli eventuali abusi edilizi, subendo gli effetti dell'ingiunzione di demolizione successivamente impartita con riferimento agli abusi edilizi commessi prima del passaggio di proprietà, fatta salva l'azione risarcitoria nei confronti del dante causa.

[Tar Lombardia, Milano, sez. II, 1 ottobre 2024, n. 2533](#)

Servizi sociali – Gestione – Principio di sussidiarietà orizzontale – Co-programmazione e co-progettazione – Terzo settore

La gestione di servizi sociali può essere affidata dalle amministrazioni pubbliche mediante forme di co-programmazione e co-progettazione con gli enti del terzo settore, per l'individuazione dei bisogni da soddisfare, degli interventi necessari e delle modalità di realizzazione degli stessi, ai sensi degli artt. 55 e 56 del d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017 (codice del terzo settore), che rappresentano un modello alternativo, espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, a quello caratterizzato dall'acquisizione di beni e servizi mediante lo strumento dell'appalto pubblico o della concessione di cui al

d.lgs. n. 36 del 31 marzo 2023 (codice dei contratti pubblici), il cui art. 6 infatti precisa che gli istituti di cui al Titolo VII del codice del terzo settore – che comprende gli artt. 55 e 56 – non rientrano nel campo di applicazione del codice dei contratti pubblici, le cui norme non sono quindi applicabili a siffatte procedure.

[Tar Campania, Napoli, sez. V, 2 ottobre 2024, n. 5187](#)

Ordinanza contingibile e urgente – Poteri istruttori sindacali – Destinatari – Materiale disponibilità della fonte di pericolo

Ancorché l'amministrazione non sia tenuta a svolgere un'approfondita istruttoria circa la proprietà dei beni stessi, l'ordinanza contingibile e urgente sindacale, adottata allo scopo di fronteggiare una situazione di pericolo, presuppone comunque il suo indirizzamento nei confronti di chi si trovi nella posizione di poter intervenire tempestivamente per eliminare la situazione di pericolo; tale è la condizione di chi abbia a qualsiasi titolo la materiale disponibilità dei beni dai quali il pericolo origina.

[Tar Lazio, Roma, sez. I quater, 7 ottobre 2024, n. 17214](#)

AIA – Competenze sindacali – Procedimento – Conferenza di servizi – Dissenso – Onere motivazionale

Con specifico riferimento all'AIA, l'art.29 quater, comma 6, d.lgs. n. 152/2006 prevede che il Sindaco partecipi alla Conferenza di servizi di cui al precedente comma 5 per rendere «le prescrizioni [...] di cui agli articoli 216 e 217 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265», ossia in materia di salubrità dei luoghi interessati da attività industriale astrattamente idonei a ricadere tra i c.d. interessi sensibili.

Riguardo al procedimento AIA, le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini cui è riservata l'opposizione in sede di Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 14-quinquies della legge n. 241 del 1990, devono identificarsi — anche alla luce del combinato disposto degli artt. 14-quinquies e 17, comma 2, della stessa legge n. 241 del 1990 — in quelle amministrazioni alle quali norme speciali attribuiscono una competenza diretta, prevalentemente di natura tecnico-scientifica, e ordinaria ad esprimersi attraverso pareri o atti di assenso comunque denominati a tutela dei suddetti interessi così detti 'sensibili', e tale attribuzione non si rinviene, di regola e in linea generale, tra le competenze in campo sanitario demandate al Sindaco e al Comune dal testo unico delle leggi sanitarie di cui al r.d. n. 1265 del 1934.

Pertanto, il predetto art. 29 quater, comma 5 nel richiamare specificamente le “prescrizioni” del sindaco di cui agli art. 216 e 217 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 esclude la possibilità che in sede di Conferenza di servizi, per il rilascio dell'AIA, il sindaco possa esprimersi negando l'attivazione, ciò all'evidente fine di evitare che la decisione della Conferenza possa essere vincolata automaticamente per effetto del dissenso espresso dal sindaco ai sensi dei predetti art. 216 e 217. Ed infatti il richiamo dell'art. 29 quater, comma 5 del d.lgs. n. 152 del 2006 alle “prescrizioni” ex art. 216 e 217 del regio decreto 27 luglio 1934 assume la funzione di consentire al sindaco di indicare le “prescrizioni” o al limite di esprimere un dissenso che, tuttavia, al pari degli altri pareri o atti di assenso comunque denominati nell'ambito della Conferenza di servizi, nella specie di tipo decisorio, possono essere superati dalla decisione conclusiva motivata adottata dall'amministrazione procedente (che può anche discostarsi dagli atti di dissenso acquisiti o espressi dalle amministrazioni partecipanti).

Peraltro, il dissenso espresso in sede di Conferenza di servizi ai sensi dell'art. 14

quater della legge n. 241 del 1990 deve rispondere ai principi di cui all'art. 97 della Cost., non potendosi limitare ad una sterile opposizione al progetto, dovendo essere costruttivo e congruamente motivato.

[Genova, sez. I, 8 ottobre 2024, n. 647](#)

Ordinanze contingibili e urgenti – Proporzionalità – Temporaneità – Presupposti – Effetti – Manutenzione, gestione e pulizia della sede stradale

L'ordine di ricostruzione di un muro crollato finalizzato a mettere in sicurezza i luoghi costituisce una misura che può essere disposta con ordinanze contingibili e urgenti, che risulta proporzionata al pericolo per la pubblica incolumità e che non contrasta con la natura temporanea dell'efficacia dell'ordinanza contingibile e urgente.

Con riferimento all'uso delle ordinanze contingibili e urgenti, è certamente vero che l'uso di mezzi diversi dagli ordinari strumenti d'intervento è consentito solo per un arco temporale limitato alla situazione contingente e non può protrarsi *sine die*. Ma il requisito della temporaneità delle prescrizioni non esclude affatto che i rimedi da adottare possano produrre effetti definitivi (come nell'ipotesi classica dell'abbattimento di animali infetti), dipendendo ciò dal tipo di rischio fronteggiato.

Le ordinanze di necessità ed urgenza sono atti a contenuto atipico, espressione di un potere *extra ordinem* e con capacità di derogare temporaneamente a norme dispersive di legge.

La possibilità di incisione di diritti ed interessi privati con mezzi diversi da quelli tipici indicati dalla legge impone il rigoroso rispetto di precisi presupposti, vale a dire: i) un pericolo imminente ed irreparabile per la pubblica incolumità, non altrimenti fronteggiabile con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento (contingibilità); ii) l'impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di un danno incombente (urgenza); iii) l'indicazione del limite temporale di efficacia; iv) la proporzionalità del provvedimento.

L'obbligo di manutenzione, gestione e pulizia della sede stradale non si estende alle aree estranee ad essa e circostanti; grava, infatti, sui proprietari delle ripe dei fondi laterali alle strade l'obbligo di mantenerle in modo da impedire e prevenire situazioni di pericolo connesse a franamenti o scoscendimenti del terreno, o la caduta di massi o altro materiale sulla strada, dove per ripe devono intendersi le zone immediatamente sovrastanti e sottostanti la scarpata del corpo stradale.

L'art. 30, comma 2, del Codice della strada stabilisce che "Salvi i provvedimenti che nei casi contingibili ed urgenti possono essere adottati dal sindaco a tutela della pubblica incolumità, il prefetto sentito l'ente proprietario o concessionario, può ordinare la demolizione o il consolidamento a spese dello stesso proprietario dei fabbricati e dei muri che minacciano rovina se il proprietario, nonostante la diffida, non abbia provveduto a compiere le opere necessarie". Dalla piana esegesi della norma discende che il Sindaco ha sempre la possibilità di adottare i provvedimenti contingibili e urgenti a tutela della pubblica incolumità, anche ordinando ai proprietari dei fondi latitanti di effettuare gli interventi su muri fronteggianti la strada.

[Tar Toscana, Firenze, sez. I, 10 ottobre 2024, n. 1143](#)

Diritto di accesso del consigliere comunale ex art. 43 TUEL – Ratio – Utilità – Onere motivazionale – Limiti – Diritto di accesso degli enti dipendenti dall'Ente locale ex art. 37 TUEL – Società partecipate – Dipendenza – Condizioni – Controllo analogo – Società a controllo pubblico – Influenza dominante

La *ratio* della norma che disciplina il peculiare diritto di accesso, ex art. 43 TUEL, riposa nel principio democratico correlato al riconoscimento delle autonomie locali (cfr. art. 114 Cost.) e della rappresentanza politica spettante ai componenti degli organi elettivi.

Tale diritto risulta direttamente funzionale non tanto all'interesse del consigliere comunale in quanto tale, ma alla cura dell'interesse pubblico connessa al *munus* e al mandato conferito, in quanto preordinato al controllo dell'attività e dei comportamenti degli organi decisionali dell'ente. Per tale ragione, il riferimento normativo alla "utilità" della pretesa ostensiva non va acquisito nel senso restrittivo della stretta connessione con l'attività espletata (o da espletare) nell'esercizio dell'attività di componente del Consiglio, ma in quello, lato, della strumentalità rispetto alla valutazione degli interessi pubblici, anche in funzione di generico controllo: l'esercizio del diritto non è soggetto ad alcun onere motivazionale, che – del resto – si risolverebbe, con inversione funzionale, in una sorta di controllo dell'ente, attraverso i propri uffici, sull'esercizio del mandato politico.

Gli unici limiti si rinvergono, per tal via, nel principio di strumentalità, inerenza e proporzionalità, nel senso che l'esercizio del diritto deve avvenire in modo da comportare il minor aggravio possibile per gli uffici e non deve sostanziarsi in richieste assolutamente generiche, ovvero meramente emulative o di disturbo, che si traducano in un sindacato generale, indifferenziato e non circostanziato sull'attività amministrativa, fermo restando che la sussistenza di tali caratteri deve essere attentamente e approfonditamente vagliata in concreto, al fine di non introdurre surrettiziamente inammissibili limitazioni al diritto medesimo.

Alla luce di quanto sopra, deve essere interpretato il secondo comma dell'art. 37 del TUEL, individuando, in questa prospettiva, la ragione della positiva estensione dell'accesso nei confronti delle "aziende" e, più in generale, degli "enti dipendenti" dall'ente locale, che ne sono, pur nella formale distinzione soggettiva, mere articolazioni funzionali, con rilevanza infraorganizzativa. Tuttavia, il diffondersi del fenomeno della costituzione di società partecipate dall'ente locale, che ha trovato la propria disciplina generale nel d. lgs. n. 175 del 2016, ha stimolato – tenendo conto delle diverse forme e grado di partecipazione pubblica (totalitaria, maggioritaria o solo minoritaria) al capitale sociale e, di conseguenza, della diversa misura di influenza delle scelte operate dal decisore pubblico sull'attività societaria – un'interpretazione più ampia del concetto di "dipendenza", che, deve ritenersi circoscritto alle situazioni in cui il soggetto, indipendentemente dalla sua natura e dalle forme della sua organizzazione, ricada sotto il "dominio" dell'ente locale, che vi partecipa ai fini della migliore valorizzazione, anche strumentale, degli interessi pubblici. Tale situazione di "dipendenza" va senza dubbio riconosciuta nel caso di società *in house*, in diretto collegamento al requisito del "controllo analogo", che realizza una equipollenza rispetto alle funzioni esercitate a mezzo degli uffici interni: in tal caso, la relazione di "dipendenza" si specifica e connota in termini di "influenza determinante" in ordine agli "obiettivi strategici" ed alle "decisioni significative" assunte dalla società controllata. Situazione analoga, anche se meno intensa, si presenta nel caso delle società "a controllo pubblico", per le quali la relazione di "controllo" (che l'art. 2, comma 1 lett. b) del d.lgs. n. 175 del 2016 individua con richiamo alla ordinaria disciplina civilistica, di cui all'art. 2359 c.c.) si specifica nel senso: a) della partecipazione in forma maggioritaria al capitale sociale, idonea ad instaurare, di diritto, un dominio delle decisioni assembleari (art. 2359, comma 1, n. 1); b) della possibilità – attribuita "da norme di legge o statutarie o di patti parasociali" – di condizionare, con il proprio necessario assenso, "le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale" (cfr. art. 2, comma 1, lett. b), secondo alinea d.lgs. n. 175 del 2016): situazione sovrapponibile a quella di una "influenza dominante", prefigurata, sotto la specie

del c.d. controllo interno di fatto, dall'art. 2359, comma 1, n. 2 c.c.

Le relazioni di “influenza determinante” (propria della situazione di “controllo analogo” della partecipazione *in house*) e di “influenza [semplicemente] dominante” (propria della situazione di “controllo”, di diritto o di fatto) marcano, alla luce della più volte evidenziata logica del riconoscimento del potere di accesso ai consiglieri comunali (o provinciali), il limite normativo della “dipendenza”, al di sotto del quale il rilievo qualificato del *munus* pubblico diviene, ai fini in questione, recessivo, di tal che le esigenze conoscitive ed ostensive refluiscono, secondo i relativi presupposti e con i relativi limiti, negli strumenti strettamente civilistici (inerenti alle forme di controllo consentite al socio in quanto tale) o pubblicistici (accesso ordinario).

L'art. 43 TUEL non può trovare applicazione nel caso di società a partecipazione pubblica minoritaria, per le quali il soggetto pubblico non ha poteri di influenza qualificata, sicché non sussiste, nei rapporti con la società, una relazione di “dipendenza”, nel senso sopra precisato.

Il diritto d'accesso del consigliere comunale, così come previsto dall'art. 43 T.U. 267/2000 può riguardare gli uffici comunali, le aziende speciali e le società di gestione di servizi pubblici in cui il Comune abbia partecipazione totalitaria oppure maggioritaria, ma non può investire attività di altri soggetti o enti, soprattutto di natura privata.

Per potersi ritenere sussistente una situazione di dipendenza, rispetto all'ente partecipante (declinata in termini funzionali e non strutturali) debbono sussistere due condizioni strettamente correlate l'una all'altra: a) anzitutto, si deve trattare di una influenza effettiva in grado di incidere sulle decisioni fondamentali dell'assemblea (arg. ex art. 2, comma 1, lett. b) d. lgs. cit., che richiama le decisioni (finanziarie o gestionali) “strategiche”; b) inoltre, deve aversi riguardo ad assetto di poteri, sia pure di fatto, stabile e non occasionale, che consenta, cioè, al soggetto partecipante all'assemblea (e, segnatamente, al rappresentante dell'ente pubblico) di disporre con relativa continuità della maggioranza sufficiente per poter ottenere l'approvazione delle principali (e maggiormente significative) deliberazioni assembleari (non essendo, in definitiva, sufficiente una influenza contingente, discontinua, quand'anche “notevole”, di per sé non idonea a strutturare una forma di “controllo”, nel rigoroso senso prescritto: arg. a contrario ex art. 2359, ult. cpv. c.c.

Non sussiste il diritto di accesso del consigliere comunale ai dati di una società a capitale pubblico nel caso di una partecipazione insufficiente a esprimere la relazione di dipendenza.

[Tar Marche, Ancona, sez. II, 11 ottobre 2024, n. 794](#)

Elezioni comunali – Procedura di proclamazione – Riparto dei seggi – Meccanismo di prededuzione – “Dissolvimento” della originaria coalizione – Ballottaggio – Candidato sindaco non eletto

Il meccanismo di prededuzione, operando a valle del riparto dei seggi fra le liste, prende a base i gruppi originari presentatisi al primo turno in modo che ciascun candidato sindaco non eletto riceva il seggio di consigliere a carico della propria lista (o gruppo di liste) a lui collegate nel primo turno elettorale; si tratta, in altri termini, di un congegno che si attiva al momento dell'individuazione delle persone fisiche chiamate a ricoprire l'ufficio di consigliere comunale. Viceversa, la diversa ed antecedente fase della procedura di proclamazione, incentrata sulla ripartizione dei seggi fra le liste apparentate in vista del ballottaggio, è disciplinata dal differente meccanismo enucleabile dai commi 8, 9 e 10 del più volte menzionato art. 73: la ripartizione dei seggi, in questo caso, va effettuata tenendo inderogabilmente conto degli apparentamenti successivi al primo turno, sicché le diverse liste finiscono, a tal fine, per essere considerate come un unico nuovo

gruppo, senza distinzione fra quelle originarie e quelle apparentatesi successivamente.

Il meccanismo della prededuzione è talmente pregnante che trova applicazione anche nell'ipotesi del c.d. "dissolvimento" della originaria coalizione.

Il candidato Sindaco non eletto, ma ammesso al ballottaggio e sostenuto da liste apparentate al secondo turno, deve beneficiare di un seggio detratto dal numero di seggi assegnati alle sole liste che lo sostenevano anche al primo turno.

[Tar Marche, Ancona, sez. I, 12 ottobre 2024, n. 799](#)

Contratti pubblici – Servizio di assistenza sociosanitaria domiciliare – Requisiti di ordine generale – Iscrizione alla *white list* ex art. 1, c, 52, L. n. 190 del 2012 – Assenza – Legittimità – Contrasto della *lex specialis* con una norma imperativa – Segnalazione *ex ante*

Nelle procedure di gara, è legittima l'aggiudicazione del servizio di assistenza sociosanitaria domiciliare alla popolazione anziana, disposta in favore di un operatore economico risultato privo del requisito di ordine generale dell'iscrizione alla *white list* ex art. 1, c, 52, L. n. 190 del 2012, nel caso in cui, dalla disamina della *lex specialis*, emerga chiaramente che le prestazioni richieste ai concorrenti riguardino precipuamente il governo della casa dell'anziano destinatario del servizio, comprensive altresì dello smaltimento dei rifiuti e della preparazione dei pasti.

Il concorrente che si sia avveduto del contrasto della *lex specialis* con una norma imperativa è tenuto a segnalare ciò alla stazione appaltante *ex ante*, in modo che l'amministrazione possa eventualmente correggere il bando o il disciplinare e gli altri concorrenti siano messi in condizione di integrare la domanda di partecipazione e/o l'offerta.

[Tar Molise, Campobasso, sez. I, 14 ottobre 2024, n. 315](#)

Concorsi pubblici – Graduatorie di altri Enti – Utilizzabilità

È illegittima la scelta di non attingere, per la copertura di posizioni aperte a tempo indeterminato, a graduatorie concorsuali di altri Enti relative a posizioni *part-time*, se tali determinazioni amministrative non rinvencono, a monte, una copertura normativa in previsioni regolamentari corrispondenti. Ove, invece, venga *ex ante* esclusa, per la copertura di posti a tempo pieno, l'utilizzabilità delle graduatorie relative a concorsi banditi a tempo *part-time*, è ammesso vincolare l'azione amministrativa successiva.

[Tar Lazio, Roma, sez. II, 16 ottobre 2024, n. 17899](#)

Apertura abusiva di farmacie – Illegittima erogazione di farmaci – Ordine di chiusura – Ordinanze sindacali contingibili e urgenti – Presupposti applicativi

Con riferimento all'ordine di chiusura di una farmacia abusiva, l'art. 3 della legge 8 novembre 1991, n. 362, recante "Norme di riordino del settore farmaceutico" dispone che "chiunque apre una farmacia o ne assume l'esercizio senza la prescritta autorizzazione è punito con l'arresto fino a un mese e con l'ammenda da lire cinque milioni a lire dieci milioni" e che in tali casi "l'autorità sanitaria competente ordina l'immediata chiusura della farmacia".

Ora, in applicazione di tali previsioni, l'autorità sanitaria competente – vale dire il Sindaco del Comune nel cui territorio è compresa la farmacia – ove accerti la vendita da parte di un'attività commerciale di farmaci, deve ordinare "l'immediata" chiusura della farmacia, abusivamente attivata, dato l'evidente pericolo per la salute.

A ciò si aggiunge che la legge 23 dicembre 1978 n. 833, di "Istituzione del servizio

sanitario nazionale”, nel disciplinare, all’art. 32 le funzioni di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, dopo aver previsto che la legge regionale debba stabilire norme per l’esercizio delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, ha disposto che “nelle medesime materie sono emesse dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente”.

L’art. 117 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 112, di conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, ha al riguardo disposto che “in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale”, così come l’art. 50 del d.lgs. n. 267/2000 (Testo unico degli enti locali – T.U.E.L.), che, nel disciplinare le competenze del Sindaco, testualmente prevede, al comma 5, che “in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale”.

Tale normativa, per altro verso, attribuisce sempre al Sindaco, quale ufficiale del Governo, il potere di assumere ordinanze contingibili e urgenti e tale potere presuppone, da un lato, una condizione di pericolo effettivo, da evidenziare con congrua motivazione e, dall’altro, una situazione eccezionale che possa provocare rischi imminenti per la salute o per l’incolumità pubblica, alla quale non sia possibile far fronte con i mezzi previsti in via ordinaria dall’ordinamento (art. 54 del T.U.E.L.).

Il Sindaco può emanare un’ordinanza contingibile e urgente, indifferentemente ai sensi degli artt. 50 o 54 T.U.E.L., rilevando a tal fine, non la circostanza (estrinseca) che il pericolo sia correlato ad una situazione preesistente ovvero a un evento nuovo e imprevedibile, ma la sussistenza (intrinseca) della necessità e dell’urgenza attuale di intervenire a difesa degli interessi pubblici da tutelare, a prescindere sia dalla prevedibilità, che dall’imputabilità (se del caso) perfino all’amministrazione stessa della situazione di pericolo che il provvedimento è rivolto a rimuovere, con la conseguenza che, quindi, il decorso del tempo non consuma tale potere, rilevando esclusivamente la dimostrazione dell’attualità del pericolo e della idoneità del provvedimento a porvi rimedio.

Ne discende come il Sindaco possa ricorrere a detto strumento al fine di fronteggiare con immediatezza sia una situazione di natura eccezionale e imprevedibile (in attesa dell’adozione delle misure ordinarie), sia una condizione di pericolo imminente al momento dell’adozione dell’ordinanza, indipendentemente dalla circostanza che la situazione di emergenza fosse sorta in epoca antecedente. Indispensabile, comunque, è sempre la sussistenza, l’attualità e la gravità del pericolo, cioè il rischio concreto di un danno grave e imminente.

Ora, ciò posto, a fronte di tali previsioni, l’apertura abusiva di una farmacia costituisce di certo un valido presupposto per l’esercizio da parte del Sindaco del predetto potere di ordinanza, attesa l’obiettivo situazione di pericolo per la salute pubblica che deriva dall’illegittima erogazione di farmaci da parte di soggetti privi della necessaria autorizzazione.

[Tar Lazio, Roma, sez. II bis, 16 ottobre 2024, n. 17933](#)

Concessioni demaniali – Affidamento mediante gara pubblica – Principi di *par condicio*, imparzialità e trasparenza – Piano comunale delle coste

In tema di concessioni demaniali, gli artt. 36 e 37 del R.D. n. 327/1942 (disciplinanti, rispettivamente, la concessione di beni demaniali ed il concorso di più domande di concessione), vanno interpretate in base al principio di derivazione euro-unitaria che impone l’affidamento mediante procedura di gara di tutti i beni pubblici aventi rilevanza economica. Pertanto, non è in discussione che la scelta del concessionario di bene pubblico demaniale debba essere fatta attraverso procedure selettive che garanti-

scano il confronto fra gli operatori, nel rispetto dei principi di *par condicio*, imparzialità e trasparenza.

Quanto sopra anche in assenza di un approvato piano comunale delle coste, ipotesi questa nella quale il principio concorrenziale non viene meno, ma resta immanente all'affidamento del bene demaniale in concessione e la legge regionale definisce una modalità competitiva sufficiente ad assicurare un adeguato livello di concorrenzialità.

[Tar Sicilia, Catania, sez. I, 17 ottobre 2024, n. 3418](#)

Ordinanza contingibile e urgente – Termini di efficacia – Assenza – Legittimità

Non è sempre possibile identificare a priori la durata del pericolo da fronteggiare e, dunque, è comunque compatibile con i principi dell'ordinamento una ordinanza contingibile e urgente che non preveda un termine finale.

I provvedimenti contingibili non possono considerarsi automaticamente illegittimi, solo perché sprovvisti di un termine finale di durata o di efficacia; pertanto, anche misure non definite nel loro limite temporale possono essere reputate legittime, quando siano razionalmente collegate ad una concreta ed accertata situazione di pericolo.

[Tar Marche, Ancona, sez. II, 18 ottobre 2024, n. 809](#)

Titolo edilizio – Intervento di demolizione e ricostruzione – Nuova costruzione – Caratteri – Differenze

Il criterio discrezionale tra l'intervento di demolizione e ricostruzione e la nuova costruzione è costituito, nel primo caso, dall'assenza di variazioni del volume, dell'altezza o della sagoma dell'edificio. Pertanto, in assenza di tali indefettibili e precise condizioni si deve parlare di intervento equiparabile a nuova costruzione, da assoggettarsi alle regole proprie della corrispondente attività edilizia. Tali criteri hanno un ancora maggiore pregio interpretativo a seguito dell'ampliamento della categoria della demolizione e ricostruzione operata dal decreto legislativo 27 dicembre 2002, n. 301 in quanto, proprio perché non vi è più il limite della "fedele ricostruzione", si richiede la conservazione delle caratteristiche fondamentali dell'edificio preesistente nel senso che debbono essere presenti gli elementi fondamentali, in particolare per i volumi, per cui la ristrutturazione edilizia, per essere tale e non finire per coincidere con la nuova costruzione, deve conservare le caratteristiche fondamentali dell'edificio preesistente quanto a sagoma, superfici e volumi.

[Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 24 ottobre 2024, n. 744](#)

Elezioni amministrative – Riparto dei seggi – Modalità – Coalizioni tra gruppi

Nel riparto dei seggi di minoranza deve aversi riguardo ai risultati complessivamente ottenuti da tutte le liste collegate col medesimo candidato alla carica di Sindaco, salva, poi, la successiva ripartizione tra le singole liste dei seggi complessivamente assegnati.

Poiché nell'attribuzione dei seggi sia alla maggioranza che alla minoranza il legislatore ha sancito che si debba aver riguardo non solo ai voti conseguiti dalle liste singole, ma anche a quelli conseguiti dai raggruppamenti delle liste, non solo nel primo turno elettorale, ma anche nel successivo turno del ballottaggio, è evidente che per la specifica rilevanza che la legge ha inteso assegnare alle coalizioni tra gruppi, sarebbe contraddittorio se ad esse coalizioni non fosse data rilevanza alcuna nella decisiva fase di riparto dei seggi a seguito di ballottaggio.

[Tar Liguria, Genova, sez. II, 7 novembre 2024, n. 755](#)

Titolo edilizio – Silenzio-assenso – Conformità/Differenza alla disciplina urbanistica – Contrasto interpretativo

È noto che, in merito all'applicazione dell'art. 20 comma 8 del D.P.R. n. 380/2001 ("Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui agli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241"), si confrontano in giurisprudenza due orientamenti.

Un primo orientamento a mente del quale "la conformità di un progetto alla disciplina urbanistica costituisce un [mero] requisito di validità del silenzio-assenso che matura sulla richiesta del permesso di costruire; di conseguenza, la differenza della disciplina urbanistica può legittimarne l'annullamento, ma non impedisce la formazione del silenzio-assenso".

Un secondo orientamento ritiene invece che, nonostante la natura tendenzialmente vincolata del permesso di costruire, il mero decorso del termine non sia di per sé sufficiente alla formazione del silenzio-assenso, essendo a tal fine anche necessario che l'intervento edilizio sia effettivamente conforme agli strumenti urbanistici ed alle altre disposizioni di legge.

E ciò, non potendosi ipotizzare che, a seguito di un non tempestivo esercizio del potere amministrativo, possa ottenersi per silenzio ciò che non sarebbe altrimenti possibile mediante l'esercizio espresso del potere da parte dell'Amministrazione. Orbene, il collegio ritiene di aderire a quest'ultimo orientamento, allo stato ancora prevalente.

[Tar Toscana, Firenze, sez. IV, 8 novembre 2024, n. 1272](#)

Ordinanze contingibili e urgenti – Ratio – Presupposti – Attualità del pericolo – Situazioni di pericolo che si protraggono nel tempo – Urgenza

L'art. 54, comma 4, d.lgs. n. 267/2000, attribuisce al Sindaco il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana.

Un costante orientamento giurisprudenziale ha avuto modo di chiarire i presupposti per l'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente che, a loro volta, vanno individuati nell'esistenza di un pericolo irreparabile ed imminente, non altrimenti fronteggiabile con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento, nonché nella provvisorietà e la temporaneità dei suoi effetti, non essendo pertanto possibile adottare ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della pubblica incolumità.

L'ordinanza contingibile e urgente ben può essere adottata anche per situazioni di pericolo che si protraggono nel tempo, in quanto l'esercizio dei poteri di cui agli artt. 50 o 54 T.U.E.L., presuppone l'esistenza di una situazione eccezionale ed imprevedibile: tale presupposto, tuttavia, va interpretato nel senso che rileva non la circostanza (estrinseca) che il pericolo sia correlato ad una situazione preesistente ovvero ad un evento nuovo ed imprevedibile, ma la sussistenza (intrinseca) della necessità e dell'urgenza attuale di intervenire a difesa degli interessi pubblici da tutelare, a prescindere sia dalla prevedibilità, che, soprattutto, dall'imputabilità se del caso perfino all'Amministrazione stessa della situazione di pericolo che il provvedimento è rivolto a rimuov-

vere. In definitiva, il decorso del tempo non consuma il potere di ordinanza, perché ciò che rileva è esclusivamente la dimostrazione dell'attualità del pericolo e della idoneità del provvedimento a porvi rimedio, sicché l'immediatezza dell'intervento urgente del Sindaco va rapportata all'effettiva esistenza di una situazione di pericolo al momento di adozione dell'ordinanza. E, a ben guardare, la circostanza che la situazione di pericolo perduri da tempo può addirittura aggravare la situazione di pericolo.

È noto che l'ordinanza contingibile e urgente ben può essere adottata anche per situazioni di pericolo che si protraggono nel tempo e, ciò, considerando come sia sufficiente l'esistenza di una necessità e urgenza attuale di intervenire a difesa degli interessi pubblici da tutelare.

Il requisito dell'urgenza non solo è sufficiente, ma prescinde dalla prevedibilità e, soprattutto, dall'imputabilità della situazione di pericolo che il provvedimento è rivolto a rimuovere.

In definitiva, il decorso del tempo non consuma il potere di ordinanza, perché ciò che rileva è esclusivamente la dimostrazione dell'attualità del pericolo e della idoneità del provvedimento a porvi rimedio, sicché l'immediatezza dell'intervento urgente del Sindaco va rapportata all'effettiva esistenza di una situazione di pericolo al momento di adozione dell'ordinanza. E, a ben guardare, la circostanza che la situazione di pericolo perduri da tempo può addirittura aggravare la situazione di pericolo.

[Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 8 novembre 2024, n. 3083](#)

Sale da gioco – Disciplina degli orari di apertura – Potere sindacale – Regolamento consiliare – Istruttoria – Onere motivazionale

È legittima l'attività di un Comune che, con regolamento consiliare, individui restrizioni orarie all'apertura degli esercizi autorizzati o limitazioni agli orari di accensione delle macchinette. Questo perché il potere sindacale di coordinare e riorganizzare gli orari degli esercizi commerciali interviene sulla base degli indirizzi del consiglio comunale, il quale può esprimersi anche tramite un preciso atto regolamentare. A fronte di una significativa riduzione dell'orario di apertura delle apparecchiature, l'amministrazione comunale non può limitarsi a un'apodittica e indimostrata enunciazione dei rischi collegati al gioco lecito, ma deve dare atto di ragioni specifiche, da esplicitare e documentare in modo puntuale. Va, in buona sostanza, dimostrata la necessità che uno specifico territorio abbia bisogno di una maggior tutela di quello nazionale; fermo restando che, una volta attuata, questa misura non comporti effetti indesiderati, tra cui il «dirottamento» della domanda verso il gioco illegale. E ciò deve avvenire con una specifica istruttoria effettuata in relazione al territorio di competenza.

[Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, sez. unica, 12 novembre 2024, n. 166](#)

Titolo edilizio – Ristrutturazione e ricostruzione di ruderi – Caratteristiche essenziali dell'edificio preesistente – Immobili realizzati in data anteriore al 1967 – Documentazione a comprova della consistenza della precedente costruzione – Contenuti

Con riferimento all'art. 3, lett. d), del d.P.R. n. 380 del 2001, a partire dall'art. 30, primo comma, del d.l. n. 69 del 2013 convertito con legge n. 98 del 2013, la categoria della ristrutturazione è estesa anche "al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza...." e dunque è superato il rigore precedentemente espresso quanto all'ammissibilità della ricostruzione di ruderi solo in caso di espressa

previsione, negli strumenti urbanistici, della categoria di intervento corrispondente alla nuova costruzione; ciò purché l'edificio preesistente abbia le stesse dimensioni di quello crollato.

Le caratteristiche essenziali dell'edificio preesistente devono essere determinabili (fra cui volumetria, altezza e struttura complessiva), con la conseguenza che anche la mancata dimostrazione di uno solo di questi elementi determina l'insussistenza del requisito previsto dalla norma.

La preesistente consistenza non può essere rimessa ad apprezzamenti meramente soggettivi o al risultato di stime o calcoli effettuati su dati parziali, ma deve invece basarsi su dati certi, completi ed obiettivamente apprezzabili.

Quando si tratta di immobili realizzati in data anteriore all'anno 1967, allorché la realizzazione di nuove costruzioni non presupponeva il rilascio di un titolo edilizio, per la dimostrazione delle caratteristiche essenziali dell'edificio, l'amministrazione non (può) pretendere la produzione di progetti aventi data certa che dimostrino, con assoluta precisione, tutte le caratteristiche dimensionali dell'edificio crollato, posto che questa pretesa renderebbe di fatto inapplicabile la norma di cui all'art. 3, primo comma, lett. d), del d.P.R. n. 380 del 2001 per gli immobili edificati prima dell'anno 1967. Per questi immobili, occorre quindi ammettere la possibilità di fornire in modo diverso la dimostrazione della preesistente consistenza, producendo prove che inevitabilmente non possiedono quel grado di precisione che caratterizza la documentazione progettuale.

La documentazione prodotta a comprova della consistenza del precedente edificio da ricostruire deve essere idonea a dimostrare, quantomeno secondo un criterio di attendibilità, gli elementi essenziali dell'immobile diruto.

[Tar Marche, Ancona, sez. II, 13 novembre 2024, n. 887](#)

Delibere consiliari – Impugnazione – Eccezionalità – Legittimazione – Presupposti – Surroga del consigliere dimissionario – Doverosità

La legittimazione dei consiglieri comunali dissenzienti ad impugnare le delibere dell'organo di cui fanno parte ha carattere eccezionale e postula la diretta compromissione delle prerogative inerenti al *munus* esercitato ovvero al cosiddetto *jus ad officium*; in altri termini, la legittimazione del consigliere comunale sussiste a fronte di violazioni direttamente e specificamente incidenti, sia pure in prospettiva strumentale, sulle prerogative (di accesso, di informazione, di documentazione, di partecipazione, di manifestazione del voto etc.) strettamente inerenti alla funzione.

La surroga del consigliere dimissionario, laddove non vi ostino ragioni di incompatibilità o incompatibilità, costituisce un atto dovuto e, in quanto tale, non può essere impedita o venire a mancare per effetto manovre dilatorie ed ostruzionistiche in seno al Consiglio comunale che paralizzino il regolare svolgimento della vita democratica dell'ente locale e il funzionamento dei suoi organi elettivi, conducendo addirittura al suo scioglimento in ipotesi estreme. La mancata surroga del consigliere dimissionario ad opera del Consiglio comunale, costituendo la relativa, espressa, specifica delibera un adempimento necessario, ai sensi dell'art. 38, commi 4 e 8, del T.U.E.L., per il subentro del primo non eletto, può determinare una stasi nella vita dell'ente che va evitata.

[Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 13 novembre 2024, n. 3185](#)

Convenzioni urbanistiche – Criteri interpretativi – Variazioni unilaterali delle obbligazioni contrattuali – Principi di affidamento e buona fede – Riequilibrio delle

previsioni della convenzione – Interlocuzioni informali fra parti lottizzanti e Uffici comunali – Irrilevanza

Per procedere all'interpretazione delle clausole convenzionali, devono essere applicati i criteri di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 e ss. cod. civ., i quali, oltre che per l'interpretazione dei contratti, degli atti unilaterali (in quanto compatibili, ai sensi dell'art. 1324 cod. civ.), dei provvedimenti amministrativi (nei limiti della compatibilità), devono applicarsi anche agli accordi di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990, in ragione del richiamo, da parte del comma 2 della suddetta disposizione, ai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti per quanto compatibili". Il primo e principale strumento di interpretazione della convenzione è il senso letterale delle parole e delle espressioni utilizzate, da verificarsi alla luce dell'intero contesto, ponendo le singole clausole in correlazione tra loro ai sensi dell'art. 1363 cod. civ., in quanto per senso letterale delle parole va intesa tutta la formulazione letterale della dichiarazione negoziale.

La necessità di salvaguardare l'equilibrio dei rapporti contrattuali anche in fase di esecuzione, in ossequio ai canoni di affidamento e buona fede e nel rispetto del rapporto di sinallagmaticità, impone di assumere come lesiva della posizione giuridica del Comune e dei suoi interessi la determinazione delle lottizzanti di procedere ad indebite variazioni unilaterali delle obbligazioni assunte contrattualmente.

Del resto, anche laddove il riequilibrio delle previsioni della convenzione si renda necessario per il sopravvenire di circostanze che aggravano la posizione di uno dei contraenti, ciò non può avvenire sulla base di un intervento unilaterale di quest'ultimo, bensì soltanto in esito alla rinegoziazione tra le parti, secondo buona fede, delle prestazioni oggetto delle obbligazioni che non possano più essere adempiute nel modo originariamente convenuto.

Risultano irrilevanti al fine di verificare il rispetto delle clausole convenzionali le interlocuzioni di carattere assolutamente informale intervenute tra le parti lottizzanti e gli Uffici comunali.

[Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 14 novembre 2024, n. 916](#)

Concessioni amministrative – Decadenza del concessionario per mancato esercizio – Potere autoritativo di accertamento – Contraddittorio – Provvedimento motivato

La decadenza della concessione per mancato esercizio non costituisce un effetto che si verifica *ex lege* al ricorrere del presupposto normativo, richiedendo, viceversa, l'intermediazione del potere pubblico attraverso l'emaneazione di un provvedimento motivato, all'esito di un procedimento necessariamente preceduto dalla contestazione al concessionario delle circostanze che giustificano la decadenza. La posizione soggettiva che si fa valere in giudizio riveste la consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo; per cui la domanda giudiziale ha ad oggetto l'esercizio di un potere autoritativo di accertamento dell'intervenuta decadenza del rapporto di concessione, spettante all'amministrazione ed avente natura costitutiva.

[Tar Lazio, Roma, sez. II stralcio, 14 novembre 2024, n. 20231](#)

Abuso edilizio – Ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi – Natura giuridica – Realtà – Onere motivazionale attenuato – Applicabilità art. 21-octies, comma 2, L. 241/90 – Ingiunzione alla rimozione o alla demolizione – Acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale – Proprietario non responsabile dell'abuso

L'ordinanza di demolizione ha natura di atto dovuto e vincolato in quanto va adottata al ricorrere dell'accertamento dell'illecito, senza che il decorso del tempo abbia rilevanza, sicché l'obbligo della motivazione - inteso nella sua essenzialità - è sufficientemente assolto con l'indicazione dei presupposti di fatto attraverso i quali sia comunque possibile ricostruire l'*iter* logico seguito dall'amministrazione. La demolizione inoltre ha carattere reale in quanto prescinde dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante, dovendo essere emanata anche nei confronti di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento della sua emanazione in un rapporto con la res tale da consentire la restaurazione dell'ordine giuridico violato.

La natura vincolata del provvedimento di demolizione fa sì che, in caso di violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990, trova applicazione l'art. 21-octies, comma 2, cit., secondo cui non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la "natura vincolata del provvedimento", sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Ai sensi dell'art. 31, comma 2, d.p.r. n. 380/2001, il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, "ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione" (che ha natura di obbligazione *propter rem*). È vero che l'art. 15, comma 5, della l.r. n. 15/2008, prevede che "Non si procede all'acquisizione dell'area ai sensi del comma 2 ma esclusivamente alla demolizione dell'opera abusiva nel caso in cui il proprietario della stessa non sia responsabile dell'abuso". Tuttavia, tale previsione riguarda unicamente l'acquisizione dell'area in cui l'abuso è stato realizzato e non preclude la demolizione dell'abuso a carico dell'autore materiale dell'abuso e del proprietario dell'immobile in cui l'abuso è stato realizzato; è semmai il proprietario dell'immobile, laddove assume non avere alcuna responsabilità nella violazione edilizia, a dover far valere la dedotta violazione dell'art. 15, comma 5, della l.r. n. 15/2008, in occasione dell'acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale.

[Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 15 novembre 2024, n. 6291](#)

Titolo edilizio – SCIA – Potere di intervento in autotutela c.d. "tardivo" – Condizioni – Comunicazione di avvio del procedimento

Ai fini del legittimo esercizio del potere di intervento in autotutela c.d. "tardivo" sulla segnalazione certificata di inizio attività è indispensabile che, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, l'Autorità amministrativa invii all'interessato la comunicazione di avvio del procedimento, che l'atto di autotutela intervenga tempestivamente e che in esso si dia conto delle prevalenti ragioni di interesse pubblico concrete e attuali, diverse da quelle al mero ripristino della legalità violata, che depongono per la sua adozione, tenendo in considerazione gli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Solo laddove il titolo abilitativo sia stato ottenuto in base ad una falsa o comunque erronea rappresentazione della realtà, è consentito all'amministrazione di esercitare il proprio potere di autotutela, ritirando l'atto stesso, senza necessità di esternare alcuna particolare ragione di pubblico interesse, che, in tale ipotesi, deve ritenersi sussistente in *re ipsa*.

[Tar Marche, Ancona, sez. I, 16 novembre 2024, n. 891](#)

Circolazione stradale – Uso pubblico di una strada privata – Intervento in autotutela – Oneri istruttori e motivazionali – Garanzie partecipative per il privato – Principio del minimo mezzo

Il Comune, ai sensi degli artt. 823 e 825 c.c., ben può agire in autotutela per ripristinare l'uso pubblico di una strada o comunque di una proprietà privata, sempre che riesca a comprovare che la servitù di uso pubblico esistesse effettivamente, e fermo restando che il proprietario può agire in tutte le sedi giudiziarie se ritiene invece che l'uso pubblico non vi sia mai stato.

Analoga facoltà è concessa ai Comuni dall'art. 378, ultimo comma, della L. n. 2248/1865.

Ma, del resto, se così non fosse, qualunque privato potrebbe inibire l'uso pubblico di una strada semplicemente affermando di esserne proprietario (o negando l'esistenza della servitù di uso pubblico), e ciò fino a quando il giudice civile non abbia deciso la controversia fra lo stesso privato e il Comune. Le conseguenze pratiche di tale *modus operandi* sarebbero ovviamente disastrose per la collettività.

Naturalmente, venendo in rilievo l'esercizio di un potere autoritativo, l'adozione del provvedimento deve essere preceduta da adeguata istruttoria e deve prevedere, salvo casi di urgenza qualificata, la partecipazione del privato destinatario dell'atto finale; il provvedimento, poi, deve essere adeguatamente motivato e, laddove possibile, l'amministrazione deve rispettare il principio del minimo mezzo.

Dall'istruttoria deve ovviamente risultare che il bene privato è soggetto, in maniera non episodica o occasionale, ad uso pubblico, ossia che lo stesso sia utilizzato da una collettività indifferenziata. Questo requisito, a sua volta, è legato anche all'ubicazione del bene privato nel territorio comunale, essendo evidentemente più difficile per il Comune sostenere l'uso pubblico di una strada vicinale o interpoderale situata in aperta campagna rispetto ad una strada di proprietà privata ricadente in una zona densamente urbanizzata.

[Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 18 novembre 2024, n. 3145](#)

Organi comunali – Competenze – Procedimento di revoca di un assessore – Discrezionalità – Presupposti – Onere motivazionale – Comunicazione di avvio del procedimento – Omissione – Legittimità

La valutazione degli interessi coinvolti nel procedimento di revoca di un assessore è rimessa in via esclusiva al titolare politico dell'amministrazione, connotandosi come scelta ampiamente discrezionale, ferma peraltro la valutazione dell'organo consiliare, cui deve esserne data comunicazione ai sensi dell'art. 46, comma 4, del t.u.e.l. (e che potrebbe eventualmente opporsi con il rimedio della mozione di sfiducia motivata ai sensi dell'art. 52, comma 2, dello stesso corpus legislativo).

La revoca non presuppone la contestazione di addebiti (riguardando tale onere la bene differente materia disciplinare e, più in generale, sanzionatoria), ma soltanto un'adeguata motivazione, volta ad escludere il rischio dell'esercizio arbitrario (*id est*, non volto alla cura degli interessi della comunità locale) del potere.

Le esigenze di corretto funzionamento dell'amministrazione, ove adeguatamente motivate, potrebbero di per sé portare alla revoca dell'assessore.

La revoca dell'incarico di assessore comunale è esente dalla previa comunicazione dell'avvio del procedimento in considerazione del fatto che, in un contesto normativo nel quale la valutazione degli interessi coinvolti è rimessa in modo esclusivo al Sindaco, cui compete in via autonoma la scelta e la responsabilità della compagine di cui avvalersi per l'Amministrazione del Comune nell'interesse della comunità locale, con sottoposizione del merito del relativo operato unicamente alla valutazione del consiglio comunale, non c'è spazio logico, prima ancora che normativo per concepire l'esistenza dell'istituto partecipativo di cui all'art. 7 L. 241/1990.

Inoltre, poiché il procedimento in esame è semplificato al massimo per consentire

un'immediata soluzione della crisi intervenuta nell'ambito del governo locale, l'interposizione della comunicazione dell'avvio del procedimento osterebbe a tale finalità e, dunque, può legittimamente essere omessa.

[Tar Campania, Napoli, sez. V, 20 novembre 2024, n. 6388](#)

Circolazione stradale – Limitazioni al traffico – Inquinamento e tutela del patrimonio artistico, ambientale e naturale – Veicoli di interesse storico e collezionistico

È illegittimo per difetto di istruttoria e di motivazione il provvedimento adottato dal Comune nell'esercizio del potere previsto dall'art. 7, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (codice della strada) che, in punto di inibizione alla circolazione per esigenze di prevenzione dell'inquinamento e di tutela del patrimonio artistico, ambientale e naturale, equipara *de plano* i veicoli di interesse storico e collezionistico iscritti nei registri di cui all'art. 60 del codice della strada ai veicoli inquinanti appartenenti alle classi di omologazione inferiori ad "euro 4", non dotati di alcuna iscrizione in registri né muniti di alcun certificato attestante la storicità, omettendo di tenere conto del numero esiguo di veicoli di interesse storico o collezionistico e del loro ontologico utilizzo limitato nel tempo, circostanze che richiedono un regime differenziato e peculiare che coniughi il valore dell'ambiente con quello della tutela dei valori storico-culturali e del collezionismo storico.

[Tar Lombardia, Milano, sez. V, 21 novembre 2024, n.3291](#)

Servizi sanitari – Strutture socio-sanitarie – Discrezionalità del cittadino – Compartecipazione al costo delle prestazioni sociosanitarie e sociali – Capacità economica dell'assistito – Parametro di valutazione in uso agli Enti locali

Il cittadino può scegliere liberamente la struttura socio-sanitaria cui affidarsi: le amministrazioni preposte alla gestione e alla erogazione dei servizi sanitari e socio-sanitari non possono, con propri provvedimenti, né coartare la decisione dell'assistito, né subordinare la presa in carico all'indicazione di una particolare struttura. Quindi, il Comune non può imporre, per ragioni economiche, la struttura alla persona bisognosa.

Riguardo all'esigenza di individuare un ragionevole punto di equilibrio tra l'interesse al contenimento della spesa pubblica e il principio di libera scelta dell'assistito circa la struttura sanitaria o socio-sanitaria cui affidarsi, il legislatore ha previsto che l'intervento finanziario pubblico sia ammissibile solo con riferimento agli operatori accreditati che abbiano stipulato appositi contratti con le ATS competenti, i quali quindi – oltre a garantire elevati standard qualitativi – sono tenuti ad attenersi al sistema tariffario definito dalla Regione.

L'art. 2-*sexies* introdotto nel d.l. n. 42/2016 dalla legge di conversione n. 89 del 2016 ha espressamente escluso i trattamenti assistenziali, previdenziali e indennitari, comprese le carte di debito, a qualunque titolo percepiti da amministrazioni pubbliche in ragione della condizione di disabilità, laddove non rientranti nel reddito complessivo ai fini dell'IRPEF, dalla ridefinizione di "reddito disponibile" imposta dall'art. 5 del d.l. n. 201 del 2011 per la concessione di benefici assistenziali.

L'unico indicatore della situazione economica equivalente da applicare, non solo ai fini dell'accesso ma anche ai fini della compartecipazione al costo delle prestazioni sociosanitarie e sociali, resta quello ancora oggi disciplinato dal d.P.C.M. n. 159 del 2013, di modo che, in presenza di un ISEE dell'assistito pari a zero, è da escludersi che, all'interno di una disciplina di settore inerente ai livelli essenziali di assistenza, e che dunque deve ricevere uniforme applicazione su tutto il territorio nazionale, vi

possa essere l'uso da parte dei Comuni di criteri ulteriori o difformi, quanto a elementi reddituali e patrimoniali considerati, rispetto a quelli indicati nel decreto sopra citato, al fine di determinare il livello di capacità economica del beneficiario del contributo.

L'introduzione dell'ISEE quale parametro per la valutazione della condizione economica dei richiedenti benefici assistenziali è avvenuta, ad opera dell'art. 5 d.l. 201/2011 (seguito dal del d.p.c.m. 159/2013), in attuazione della competenza legislativa statale esclusiva di cui all'art. 117, co. 2, lett. m, Cost. in ordine alla «*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*». Pertanto, gli enti locali non possono discostarsi da questo parametro esclusivo o introdurne altri di propria iniziativa, non avendo alcuna autonomia amministrativa o normativa sul punto, a tal fine non potendo addurre neppure esigenze legate ai vincoli di bilancio.

[Tar Campania, Napoli, sez. VII, 22 novembre 2024, n. 6453](#)

Occupazione abusiva di immobili pubblici – Autotutela esecutiva – Onere motivazionale attenuato – Diritto all'abitazione – Vincolatività – Partecipazione del privato – Esclusione

A fronte di un'occupazione abusiva di immobili pubblici, è ben possibile il ricorso ai poteri di autotutela esecutiva, senza che occorra alcuna motivazione sotto il profilo della comparazione dell'interesse della parte pubblica – legittimamente indicato nell'ipotesi di specie nella necessità di ripristino della legalità, al fine di destinare il cespite occupato alle sue finalità istituzionali – con quelle della parte occupante privo di titolo legittimante.

Né in senso ostativo varrebbe opporre il diritto all'abitazione, riconducibile agli artt. 2 e 3 Cost. e all'art. 8 C.E.D.U., il quale non viene tutelato in termini assoluti, ma deve essere temperato con altri valori di pari rango costituzionale; e, del resto, il cd. “diritto all'abitazione” non può certo comprendere anche la legittimazione all'occupazione abusiva di immobili pubblici, ovvero al suo mantenimento una volta che l'occupazione sia stata effettuata, innanzitutto in ragione della evidente intrinseca contraddittorietà tra il preteso “diritto” e la riconosciuta anti-giuridicità della condotta che lo fonderebbe, ma anche perché tale conclusione sacrificerebbe il concorrente diritto proprietario (che riguarda, ovviamente, anche il soggetto pubblico titolare) che non può essere compresso in permanenza perché, in caso contrario, si verificherebbe, di fatto, un'alterazione della destinazione della proprietà al di fuori di ogni procedura legale o convenzionale.

La natura vincolata del potere esercitato esclude l'utilità dell'apporto partecipativo.

[Tar Lazio, Roma, sez. V ter, 26 novembre 2024, n. 21258](#)

Edilizia residenziale pubblica – Concessione di alloggi – Silenzio assenso – Esclusione – Ratio

La materia della concessione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica non contempla il silenzio assenso come fattispecie provvedimento, coerentemente alla natura sostanzialmente concessoria del provvedimento, in quanto espressione della comparazione dei rilevanti interessi pubblici connessi alla regolare gestione del patrimonio abitativo popolare con quelli privati, riconducibili all'accesso all'abitazione di individui e nuclei familiari svantaggiati.

[Tar Campania, Napoli, sez. V, 2 dicembre 2024, n. 6732](#)

Procedimento amministrativo – Obbligo di provvedere in capo agli Enti pubblici – Obbligo di buona fede – Obbligo della P.A. di provvedere a fronte dell'istanza del privato – Art. 2 L. n. 241/1990

Nel tempo, il giudice amministrativo ha progressivamente ampliato i presupposti per la configurabilità dell'obbligo di provvedere a carico degli enti pubblici: la maggiore apertura si ricollega ad una nuova consapevolezza circa lo statuto giuridico della relazione procedimentale in quanto soggetta non solo alle c.d. regole di validità degli atti ma anche a quelle di comportamento, tra cui campeggia l'obbligo di buona fede, da tempo ritenuto cogente anche nell'ambito del diritto pubblico, quale regola generale non solo di interpretazione ma avente anche una concorrente funzione correttiva ed integrativa delle relazioni giuridicamente rilevanti, obbligo che incombe su entrambe le parti e, dunque, anche sull'amministrazione, in ragione del suo ruolo "servente", in funzione del soddisfacimento dei bisogni della comunità, in attuazione del principio solidaristico e di quello democratico.

Ebbene, l'obbligo di provvedere è stato ritenuto sussistente anche in mancanza di una espressa disposizione normativa che tipizzi il potere del privato di presentare un'istanza e, dunque, anche in tutte le fattispecie particolari nelle quali "ragioni di giustizia e di equità" impongano l'adozione di un provvedimento, ovvero le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni - qualunque esse siano - dell'amministrazione.

La giurisprudenza ha inoltre chiarito che, in presenza di una formale istanza, l'amministrazione è tenuta a concludere il procedimento anche se ritiene che la domanda sia irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata, non potendo rimanere inerte; in altri termini, il legislatore ha imposto alla P.A. di rispondere in ogni caso alle istanze dei privati nel rispetto dei principi di correttezza, buon andamento, trasparenza, consentendo alle parti di difendersi in giudizio in caso di provvedimenti lesivi dei loro interessi giuridici; ne consegue che, anche in assenza di un formale procedimento e di una norma che espressamente ne disponga l'apertura, l'amministrazione ha l'obbligo (quale che sia il contenuto della relativa decisione) di provvedere sull'istanza non pretestuosa né abnorme del privato.

[Tar Liguria, Genova, sez. I, 5 dicembre 2024, n. 843](#)

Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Contratti attivi – Fornitura di programmi aggiudicati ai fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici – Festival di Sanremo – Affidamento con procedura ad evidenza pubblica

La convenzione avente ad oggetto l'affidamento in esclusiva alla Rai (Radio televisione italiana s.p.a.) dei diritti, nella titolarità del Comune di Sanremo, connessi allo svolgimento del "festival della canzone italiana" rappresenta, quantomeno nella parte in cui ha ad oggetto la concessione del marchio, una concessione di beni o, comunque, un contratto attivo con cui l'ente locale dispone di una propria *utilitas*, che rappresenta un'opportunità di guadagno (in quanto sfruttabile economicamente) in favore della Rai che corrisponde al Comune un corrispettivo. Pertanto, l'affidamento deve avvenire, in base a quanto stabilito dall'art. 13, comma 5 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (codice dei contratti pubblici), nel rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità, vale a dire, mediante l'interpello del mercato e il confronto di offerte concorrenti, nel rispetto della disciplina di cui alla legge di contabilità generale dello Stato (regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440) e del relativo regolamento di attuazione (regio decreto 23 maggio 1924, n. 827), anche in modo da consentire al Comune di trarre l'utilità più elevata possibile dalla concessione dell'uso del marchio.

L'esclusione degli appalti concernenti "la fornitura di programmi aggiudicati ai

fornitori di servizi di media audiovisivi o radiofonici” dall’ambito di applicazione del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (codice dei contratti pubblici) ai sensi dell’art. 56, comma 1, lett. f) non implica la sottrazione di tale categoria di contratti - categoria cui sarebbe riconducibile la convenzione Rai - anche all’applicazione dei principi generali, tra cui l’articolo 13, comma 5, in base al quale l’affidamento dei contratti di cui al comma 2 (tra i quali sono annoverati i contratti esclusi, quali quelli di cui all’art. 56 del codice) che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità di cui all’art. 3 del codice.

[Tar Veneto, Venezia, sez. II, 9 dicembre 2024, n. 2931](#)

Ordinanze contingibili e urgenti – Libertà di iniziativa economica – Limitazione – Legittimità – Trasporto pubblico locale non di linea – Città di Venezia

Sono legittime le misure che limitano la libertà di iniziativa economica privata degli esercenti attività di trasporto pubblico locale non di linea per finalità di rilievo costituzionale, quali la protezione della Città di Venezia e la sicurezza della navigazione.

[Tar Sicilia, Catania, sez. V, 23 dicembre 2024, n. 4224](#)

Debiti dell’amministrazione fuori bilancio – Posizione del privato – Mancato riconoscimento – Natura giuridica ricognitiva

A fronte dell’inerzia dell’amministrazione rispetto all’emanazione vincolata (seppure discrezionale nei contenuti) del provvedimento di riconoscimento dei debiti fuori bilancio, nell’ipotesi contemplata dall’art. 194, comma 1, lett. e) TUEL, la posizione del privato si configura comunque di diritto soggettivo, giacché correlata ad una pretesa di adempimento contrattuale. La deliberazione di cui all’art. 193, comma 2, TUEL, con cui l’ente locale riconosce la legittimità del debito fuori bilancio, pur postulando la competenza dell’organo consiliare riguardo alla valutazione ed all’apprezzamento dell’opportunità di iscrivere la relativa posta, alla luce dell’utilità e dell’arricchimento per l’ente dell’avvenuta acquisizione di beni o servizi in violazione delle norme di contabilità, è pur sempre volta alla costituzione diretta del rapporto obbligatorio con l’amministrazione.

In caso di mancato riconoscimento di un debito fuori bilancio, la sostanziale lesività nei confronti del creditore è data dall’inadempimento del rapporto sottostante, relativo all’obbligazione pecuniaria, e non già dalla omessa adozione della deliberazione consiliare di riconoscimento del debito fuori bilancio; di guisa che la posizione giuridica soggettiva - poiché avente per oggetto, in ultima analisi, il diritto di credito per il mancato pagamento di somme dovute in base ad un atto di rango negoziale - è di tipo paritetico, proprio di fattispecie di esecuzione contrattuale, appartenente alla giurisdizione del giudice ordinario. Infatti, l’atto di regolarizzazione contabile - il riconoscimento del debito fuori bilancio - non ha natura provvedimento, ma solo ricognitiva del presupposto, ai fini dell’inserimento nel bilancio dell’Amministrazione locale del debito assunto, sicché la posizione correlata non è di interesse legittimo, bensì di diritto soggettivo, con conseguente cognizione spettante all’Autorità giudiziaria ordinaria.

Parere n. 3/2024/CONS



A

SEZIONI RIUNITE

IN SEDE CONSULTIVA

nell'adunanza del 28 ottobre 2024

OGGETTO:

Parere in merito alla proposta di legge C. n. 1621 recante "Modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, al codice della giustizia contabile, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, e altre disposizioni in materia di funzioni di controllo e consultive della Corte dei conti e di responsabilità per danno erariale", che ha assorbito, quale testo base nell'iter parlamentare in corso, la proposta di legge C. n. 340 recante "Modifiche all'articolo 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, e altre disposizioni riguardanti le funzioni di controllo e consultive e l'organizzazione della Corte dei conti".

Viste le ordinanze presidenziali n. 19 del 21 dicembre 2023, n. 2 del 29 marzo 2024 e n.

10 del 25 luglio 2024, con le quali è stata fissata la composizione delle Sezioni riunite in sede consultiva per l'anno 2024;

Visto l'art. 3 del Regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214;

Visti l'art. 1 del Regio decreto-legge 9 febbraio 1939, n. 273 e gli artt. 3 e 4 del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni nella legge 20 dicembre 1996, n. 639;

Visto il decreto n. 96 del 24 settembre 2024 con il quale il Presidente della Corte dei conti ha convocato l'odierna adunanza delle Sezioni riunite, in sede consultiva, per rendere il parere su quanto in oggetto, come integrato con successiva nota del Capo di gabinetto, su disposizione del Presidente della Corte, n. 2692 del 2 ottobre 2024;

Viste le conclusioni depositate dalla Procura generale in data 24 ottobre 2024;

Esaminati gli atti, uditi i relatori Pres. Anna Luisa Carra e Cons. Giuseppe Maria Mezzapesa;

Uditi, per la Procura generale, il Procuratore generale Pio Silvestri e il Procuratore generale aggiunto Andrea Lupi.

1. Premesse

1.1. Queste Sezioni riunite sono chiamate, ai sensi dell'art. 1, R.D.L. n. 273/1939, a rendere il proprio parere sull'articolato di cui si compongono le due proposte di legge in oggetto, che sono state abbinatae, ai fini dell'iter parlamentare, dalle Commissioni riunite I e II della Camera dei deputati in data 1° ottobre 2024, recando, nel loro complesso, rilevanti modifiche alle disposizioni vigenti in materia di funzioni di controllo e consultive della Corte dei conti, nonché in materia di responsabilità per danno erariale, al fine di rafforzare il ruolo della Magistratura contabile nel "*garantire la piena attuazione dell'art. 97 della Costituzione*".

Le suddette Commissioni, in data 9 ottobre 2024, hanno deliberato di adottare la proposta di legge C. n. 1621 quale testo base per il prosieguo dell'esame, nel quale sono enucleabili due distinte parti: la prima recante una disciplina generale; la seconda avente ad oggetto il più ristretto ambito di attuazione del PNRR e del PNC.

L'esame dell'articolato di quest'ultima proposta di legge è di particolare importanza in quanto si riflette in modo significativo sulle funzioni della Corte dei conti.

Costituisce, dunque, l'occasione per una riflessione approfondita sul ruolo e sulle funzioni della Magistratura contabile che, nel quadro delle norme costituzionali e di diritto dell'Unione europea contenute nei trattati e nelle fonti di diritto derivato, costituisce un presidio fondamentale di garanzia e di tutela delle risorse pubbliche nel cointestato e coordinato esercizio delle funzioni di controllo e giurisdizionali.

Parimenti rilevante è il contenuto della proposta di legge, sul cui testo, sostanzialmente invariato (S. n. 2185, confluito nel C. n. 340), queste Sezioni riunite si sono già espresse con deliberazione n. 5/2021/CONS, le cui osservazioni in questo contesto vengono richiamate.

Le Sezioni riunite in sede consultiva, anche in ragione della composizione delle stesse, che include i vertici delle Sezioni competenti, tanto nell'esercizio delle funzioni di controllo, quanto di quelle giurisdizionali, rappresenta lo strumento istituzionalmente deputato ad esprimere l'avviso unitario della Corte dei conti, atteso che, ciò che è stato riferito da singoli magistrati in sede di audizioni, ovvero in seminari di studio, non può che riguardare valutazioni a titolo personale.

1.2. L'esame di disposizioni così incisive sul ruolo della Corte dei conti non può prescindere dalla considerazione che è nella Costituzione che si rinviene la diversa ma convergente portata delle funzioni di controllo e giurisdizionali: le prime focalizzate sugli atti e sulle gestioni pubbliche nella loro dimensione oggettiva; le seconde sulle condotte e sui comportamenti soggettivi di chi svolge l'attività di amministrazione e di gestione.

Trattasi di funzioni che, pur nella loro diversità, devono essere concepite in rapporto di reciproca complementarità funzionale, al comune fine di dare attuazione al principio del buon andamento dell'azione amministrativa.

Pertanto, l'esame che queste Sezioni riunite sono chiamate a svolgere su norme tese a modificare le attività di controllo da un lato, e il regime della responsabilità erariale dall'altro, non possono prescindere da una valutazione d'insieme del livello di

garanzia in ordine al corretto uso delle pubbliche risorse che, a seguito della loro attuazione, verrebbe offerto dalla Corte dei conti e che deriverebbe dal modo di manifestarsi delle diverse funzioni alla stessa intestate. Occorre dunque assicurarsi che una riforma, avuto riguardo all'impatto complessivo delle norme sulla giurisdizione e sul controllo, non implichi un abbassamento di detto livello.

Da qui l'opportunità, se non la necessità, di interventi che rispondano effettivamente alle esigenze di certezza giuridica e di coerenza ordinamentale riconosciute dagli operatori del diritto, dalle amministrazioni controllate e dalla stessa Magistratura contabile, e rese particolarmente urgenti in un contesto che vede all'orizzonte significative riforme previste nel PNRR, tra le quali, fondamentali nell'ottica della Corte dei conti e di tutti i cittadini, quelle della Pubblica Amministrazione e della Contabilità pubblica.

Tutto ciò chiama sicuramente in causa le funzioni di controllo, rispetto alle quali appare condivisibile un rafforzamento, da attuarsi tuttavia attraverso assetti procedurali in linea con gli *standard* internazionali in materia di *audit* del settore pubblico.

Parimenti per le funzioni giurisdizionali emergono sollecitazioni per una più puntuale perimetrazione degli istituti di diritto sostanziale, in funzione di una maggiore garanzia per i destinatari dell'azione giudiziaria, ma anche istanze di revisione degli istituti processuali che, senza sovvertire la natura risarcitoria propria della responsabilità erariale, possano conseguire l'auspicato obiettivo di garantire una maggiore efficienza e celerità dell'azione amministrativa.

In questo percorso non potrà non tenersi conto degli orientamenti della Corte costituzionale, e in particolare dei moniti da ultimo contenuti nella sentenza n. 132 del 2024, ove si sostiene proprio la necessità di una complessiva riforma della responsabilità amministrativa tesa a incentivare il buon andamento—dell'azione amministrativa, fornendo alcune rilevanti indicazioni che muovono tutte da un chiaro, inequivocabile e indiscutibile principio: il mantenimento "a regime" della responsabilità per colpa grave, correlato a un necessario rafforzamento delle funzioni di controllo della Corte dei conti.

1.3. La proposta di legge interviene, parallelamente, sulla funzione giurisdizionale e sulla funzione di controllo, senza trascurare la funzione consultiva della Corte dei conti che, pur non essendo esplicitamente richiamata in Costituzione, trova piena legittimazione nel ruolo che la legge fondamentale riconosce alla Corte stessa nelle materie di contabilità pubblica.

Tale approccio può essere condiviso, in quanto consente un intervento coordinato sulle funzioni affidate alla Corte dei conti.

Al riguardo rileva anche quanto è stato precisato dalla Corte costituzionale, circa l'utilità di una riforma della responsabilità amministrativa, non sganciata da un contestuale rafforzamento del regime dei controlli, al fine di "*ristabilire una coerenza tra la sua disciplina e le [... omissis] trasformazioni dell'amministrazione e del contesto in cui essa deve operare*" (Corte costituzionale, sent. n. 132 del 2024, già cit., punto 11 del diritto).

Si osserva tuttavia, sin d'ora, come risulti chiaro a queste Sezioni riunite che le diverse

disposizioni normative in esame, per come articolate, nel combinato disposto fra loro e soprattutto avendo riguardo all' applicazione concreta che dovrà darne questa Corte dei conti nelle sue varie articolazioni, rischiano di contraddire i principi di fondo che ispirano la proposta di legge, compendiate nella relazione esplicativa al testo dell' articolato, intesi a incentivare il buon andamento e, quindi, l' efficienza, l' efficacia e l' economicità dell' azione amministrativa.

Peraltro, l' idea di perseguire il miglioramento dell' efficienza dell' azione amministrativa, anche sotto il profilo della celerità, attraverso interventi circoscritti al regime della responsabilità erariale o comunque alle funzioni di controllo preventivo della Corte dei conti, può non risultare sufficiente a conseguire l' effetto sperato, considerato che obiettivi quali il contrasto al c.d. fenomeno della "paura della firma" - laddove si creda nell' effettiva sussistenza del fenomeno - debbono e possono essere conseguiti prioritariamente mediante la semplificazione normativa, con investimenti nelle risorse umane delle pubbliche amministrazioni, onde consentire, fra l' altro, anche alle amministrazioni più piccole e prive di professionalità di partecipare pienamente al percorso di sviluppo e crescita perseguito dai diversi livelli di governo.

1.4. Da ultimo, queste Sezioni riunite non si esimono dal sottolineare come, soprattutto nelle materie più complesse e che impingono su funzioni costituzionalmente garantite, sarebbe opportuno che le riforme vadano costruite anche con apporti tecnici esterni, come è avvenuto, ad esempio, per esperienze pregresse quali la redazione del codice della giustizia contabile e il codice dei contratti pubblici, laddove nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi definiti dal Parlamento con legge delega, sono state recepite e hanno trovato sintesi le esigenze di ricognizione e aggiornamento manifestate anche dalla stessa Magistratura contabile, con un apporto ampio, plurale e condiviso.

2. Osservazioni

2.1. La responsabilità erariale per colpa grave

Secondo l' insegnamento della Corte costituzionale (cfr. C. Cost. n. 378/1998, confermata, fra le altre, da C. Cost. n. 340/2001) la responsabilità per colpa grave attua un corretto equilibrio fra quanto del rischio dell' attività amministrativa deve restare a carico dell' apparato pubblico e quanto a carico del funzionario. Tanto, sempre ai fini di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione e la sua stessa efficienza.

Detta impostazione appare sostanzialmente confermata anche nella recentissima sentenza n. 132 del 2024, ove la Corte costituzionale riconosce la legittimità della esclusione della responsabilità per colpa grave solo in quanto attuata in via provvisoria o limitata.

A suo dire, infatti, *"può essere ritenuta non irragionevole una disciplina provvisoria che limiti al dolo l' elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, avuto riguardo a un contesto particolare che richieda tale limitazione al fine di assicurare la maggiore efficacia dell' attività amministrativa e, attraverso essa, la tutela di interessi di rilievo costituzionale"* (v. sentenza

n. 132/2024, punto 6.6.3. del diritto); e ancora, le circostanze ivi richiamate “(...) non potrebbero concretizzarsi, sullo specifico piano dell’elemento soggettivo, in un regime ordinario che limitasse la responsabilità amministrativa alla sola ipotesi del dolo” (v. *ibidem*, punto 6.6.1. del diritto).

Una impostazione che risulta coerente anche con l’assunto con cui la Corte costituzionale ammette la possibilità di vagliare, in via eccezionale, l’esclusione della responsabilità colposa “per specifiche categorie di pubblici dipendenti, anche solo in relazione a determinate tipologie di atti, in ragione della particolare complessità delle loro funzioni o mansioni e/o del connesso elevato rischio patrimoniale” (v. *ibidem*, punto 11.1. del diritto).

Alla luce di quanto appena sottolineato, se si teme, come precisato nella citata sentenza della Corte costituzionale - dopo la scadenza del regime provvisorio introdotto dall’art. 21, comma 2, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120 che ha introdotto, in via eccezionale e transitoria, un regime limitativo della responsabilità erariale - il riespandersi del fenomeno della “burocrazia difensiva” che potrebbe rallentare l’azione amministrativa, ad avviso di queste Sezioni riunite, molte delle disposizioni proposte, per come formulate, potrebbero portare, invece, in una direzione opposta rispetto a quella voluta e auspicata nella relazione illustrativa della proposta.

Se la finalità, infatti, è quella di garantire una maggiore efficienza, grazie al venir meno della c.d. “paura della firma”, appare facilmente ipotizzabile, al contrario, una compromissione significativa al buon andamento dell’azione amministrativa, nonché alla tutela di altri rilevanti interessi costituzionali, quale effetto del minore livello di garanzia al corretto e proficuo utilizzo delle risorse pubbliche, per le ragioni esplicate con riferimento a ciascuna disposizione.

Peraltro, per quanto parte della disciplina prevista sia strettamente connessa all’attuazione del PNRR e del PNC, potrebbe risultare meno agevole, una volta acquisito un *modus operandi* scervo da coinvolgimenti o ricadute in termini di responsabilità erariale, che, cessato il regime transitorio, l’agente pubblico conformi effettivamente la propria condotta ai più rigorosi canoni di diligenza, perizia e prudenza.

Segue una analisi puntuale delle norme contenute nella iniziativa di legge in esame, illustrando, preliminarmente, i contenuti di ognuna e riportando, ove costituenti novella di testi normativi previgenti, il testo risultante dalle modifiche proposte. Si evidenziano, poi, per ciascuna, le eventuali criticità riscontrate, sviluppando altresì, ove del caso, osservazioni volte a individuare proposte di modifiche ovvero discipline alternative.

Si precisa che sul tema della responsabilità erariale non saranno svolti richiami alla proposta di legge C. n. 340, assorbita nella proposta di legge C. n. 1621, in mancanza nella prima di una specifica disciplina in materia.

2.1.1. Esclusione della responsabilità per colpa grave per i fatti dannosi che traggano origine da un atto sottoposto a controllo preventivo di legittimità

Art. 1. (Modifiche agli articoli 1 e 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, concernente l'azione di responsabilità e il controllo della Corte dei conti)

1. Alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1:

1) al comma 1, terzo periodo, le parole: «limitatamente ai profili presi in considerazione» sono sostituite dalle seguenti: «ovvero da uno degli atti o documenti a tal fine sottoposti a controllo» e il quarto periodo è soppresso;

Testo coordinato:

Articolo 1, comma 1, l. n. 20/1994:

“In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall’emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità ovvero da uno degli atti o documenti a tal fine sottoposti a controllo”.

Stando alla relazione illustrativa, l’eliminazione del riferimento ai “*profili presi in considerazione nell’esercizio del controllo preventivo di legittimità*”, così come l’estensione dell’esenzione della responsabilità a fatti che traggono origine da uno degli atti o documenti a tal fine sottoposti a controllo, sono volte a introdurre un “*effetto tombale sulle eventuali criticità dell’atto*”.

Dal che la soppressione, in quanto assorbito dalla previsione generale, del periodo recante l’esclusione della gravità della colpa per i decreti che determinano la cessazione anticipata, per qualsiasi ragione, di rapporti di concessione autostradale allorché vistati e registrati dalla Corte dei conti.

Al riguardo, prioritariamente occorre ricordare il principio generale in materia, espressamente previsto all’art. 27 del R.D. n. 1214 del 1934 (T.U. delle leggi sulla Corte dei conti), secondo il quale la responsabilità amministrativa contabile non viene meno per effetto della registrazione e del visto della Corte dei conti.

Rispetto ad esso l’art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994, nel testo vigente, costituisce una deroga che opera come causa di giustificazione o esimente dell’antigiuridicità del fatto, la cui ragionevolezza risiede nella circostanza dell’essere espressamente circoscritta ai profili presi in considerazione nel controllo preventivo di legittimità.

In altri termini, l’elisione della gravità della colpa si giustifica in ragione dell’essere considerata in relazione a un comportamento strettamente connesso all’esecuzione di un atto di cui si è accertata la legittimità in sede di controllo.

È la stessa prospettiva in ragione della quale, come si approfondirà meglio *infra* con riguardo all’attività consultiva, si è attribuito rilievo ai pareri resi dalla Corte dei conti, stabilendo che il Procuratore contabile regionale debba disporre l’archiviazione del fascicolo istruttorio per assenza di colpa grave nei casi in cui l’azione amministrativa si sia conformata ai medesimi (art. 69, comma 2, del decreto legislativo n. 174 del 2016). Nella novella proposta viene, invece, totalmente rescisso il nesso stabilito dalla disciplina vigente tra l’esimente e i “*profili presi in considerazione nell’esercizio del*

controllo”, escludendo in tal modo, *a priori*, la gravità della colpa solo per la circostanza che sia stato espletato il controllo preventivo di legittimità e senza che vi sia alcun legame tra l’esimente e le attività conseguenti all’esecuzione dell’atto su cui è stato apposto il visto.

In tal modo, l’espletamento del controllo preventivo di legittimità viene di per sé a costituire titolo di esonero dalla responsabilità erariale, in assenza quindi di quegli elementi, sopra descritti, che assicurano invece il crisma della ragionevolezza alle previsioni vigenti.

In disparte le considerazioni di tecnica normativa, a ben guardare, trattandosi di norma di portata generale – appartiene, infatti, al primo blocco normativo, e non al secondo avente ad oggetto i soli interventi volti all’attuazione del PNRR e del PNC – una volta eliminato il passaggio che rende l’esimente ragionevole, si è in presenza di un’esclusione della responsabilità per colpa grave che, per quanto sopra precisato, appare non in linea con i dettami statuiti dalla Corte costituzionale nella sentenza sopra richiamata (n. 132/2024), laddove ben si è chiarito che può essere ritenuta non irragionevole una disciplina che limiti al dolo l’elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, solo se limitata e circoscritta, e in ogni caso in presenza di particolari o eccezionali ragioni che la giustificano.

Sotto altro profilo, a parere di questa Corte, dubbi di ragionevolezza sulla proposta in esame potrebbero derivare dall’impropria sovrapposizione di procedimenti distinti per natura, *ratio* e finalità.

Vengono infatti a sovrapporsi procedimenti sorretti da logiche e rivolti a finalità differenti.

Il controllo preventivo di legittimità esercitato, ai sensi dell’articolo 100, comma 2, della Costituzione, è diretto, infatti, ad accertare esclusivamente la legittimità/illegittimità dell’atto nel raffronto con i parametri normativi, con la finalità di prevenire l’ingresso di atti illegittimi nell’ordinamento giuridico ed eliminare a monte il rischio che venga posta in essere un’azione amministrativa *inutiliter data*; detto controllo ai sensi dell’art. 3, comma 1, della legge n. 20 del 1994 è svolto, peraltro, su categorie di atti elencate tassativamente.

Il giudizio di responsabilità per danno erariale è invece rivolto all’accertamento della liceità/illiceità del comportamento e dell’antigiuridicità dei fatti contestati.

Infine, proprio quale effetto di questa impropria commistione, dall’applicazione pratica della disposizione in esame potrebbero derivare, come già accennato, ricadute opposte rispetto alle finalità prospettate nella proposta di legge.

Nell’ambito del procedimento volto a verificare in via preventiva la legittimità di un atto, infatti, verrebbero in rilievo “anche” gli atti sottoposti solo “al fine” di ottenere l’esclusione della responsabilità per colpa grave, esigendo, dunque, dal magistrato del controllo, un ulteriore vaglio sulle eventuali e future responsabilità dei soggetti titolari dell’azione amministrativa. Si attribuirebbe, quindi, al medesimo, la preventiva verifica sulla “futura” responsabilità amministrativa, in aggiunta e al di là della finalità intrinseca del controllo preventivo di legittimità.

Rispetto a questo nuovo ruolo affidato al controllo preventivo verrebbero poi in

soccorso tutti gli strumenti che lo caratterizzano. In primo luogo, la possibilità della registrazione con osservazioni (c.d. “rilievo avviso”): laddove si intendesse registrare un atto di per sé legittimo, si sarebbe portati quantomeno a rilevare, in contestuali rilievi avviso, anche eventuali profili di responsabilità connessi ad “atti o documenti a tal fine sottoposti a controllo”; si può inoltre presumere un maggior ricorso allo strumento della restituzione per carenza documentale, con correlato nuovo decorso dei termini, al fine di acquisire elementi funzionali non solo al controllo di legittimità sull’atto, ma anche ai previsti effetti sulla responsabilità.

In definitiva, spostandosi il punto di osservazione del controllo preventivo, che dovrebbe concentrarsi sui profili “oggettivi” di legittimità dei singoli atti, anche a quelli “soggettivi”, dovendosi valutare anche potenziali responsabilità dei titolari dell’azione amministrativa, appare evidente come lo stesso finirebbe per svolgersi in tempi assai più lunghi rispetto a quelli ordinariamente impiegati.

Peraltro, la formulazione della disposizione, per la sua genericità, appare equivoca e fonte di incertezze interpretative. Il che sembra andare in direzione opposta rispetto a quella voluta dai proponenti. In particolare, laddove si ricollega il regime di esenzione a “uno degli atti o documenti a tal fine sottoposti a controllo” sembra intendersi che la presenza di un atto o documento inviato tra gli allegati di un provvedimento sottoposto al controllo preventivo di legittimità sarebbe di per sé sufficiente ad escludere la sussistenza della colpa grave nell’ipotesi in cui il “fatto dannoso” tragga origine da uno di detti atti. Tuttavia, tale circostanza non può essere immediatamente percepibile in sede di denuncia di danno, ovvero di apertura di istruttoria da parte del P.M. contabile, in quanto se per un verso è agevole individuare l’atto registrato, per altro verso ben più problematica sarebbe la ricostruzione degli allegati trasmessi alla Corte; ne consegue che il funzionario potrebbe essere comunque invitato a dedurre e a dover dimostrare in sede preprocessuale i presupposti per l’esenzione da colpa grave. In ogni caso, sarebbe comunque compito del giudice vagliare, in concreto, la pertinenza dell’atto trasmesso in allegato con quello sottoposto *ex lege* al controllo preventivo di legittimità, al fine di poter applicare l’esimente, con conseguenti ricadute in termini di incertezza interpretativa. Tutto ciò contraddice la finalità di elidere la c.d. “paura della firma” alla base della proposta in esame.

In conclusione, rispetto alla disposizione esaminata, alla luce di tutto quanto sin qui argomentato, si suggerisce in primo luogo il mantenimento dell’attuale previsione che sancisce l’esclusione della responsabilità per colpa grave *«limitatamente ai profili presi in considerazione»*. L’eliminazione di tale disposto priverebbe infatti la norma di ragionevolezza, con l’effetto di provocare comunque applicazioni dirette a recuperarne il senso attraverso un’interpretazione costituzionalmente orientata. Verrebbe dunque a introdursi nell’ordinamento un dettato normativo suscettibile di applicazioni divergenti, con le note conseguenze in termini di aggravio dell’azione amministrativa e delle procedure di controllo e giurisdizionali che vanno nel segno opposto rispetto alle finalità della proposta di legge in esame.

Peraltro, l’estensione dell’esenzione della responsabilità a fatti che traggono origine da uno degli atti o documenti a tal fine sottoposti a controllo, andrebbe sostituita con un

riferimento ai soli atti presupposti. La norma risultante dovrebbe essere la seguente *“In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall’emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, ovvero dagli atti presupposti, limitatamente ai profili presi in considerazione nell’esercizio del controllo”*.

2.1.2. Esclusione della responsabilità per colpa grave in caso di accertamento con adesione, di accordi di mediazione, di conciliazioni giudiziali e di transazioni fiscali in materia tributaria

Art. 1. (Modifiche agli articoli 1 e 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, concernente l’azione di responsabilità e il controllo della Corte dei conti)

1. Alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all’articolo 1: (...)

2) il comma 1.1. è sostituito dal seguente: «1.1. La responsabilità è limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo nei seguenti casi: a) conclusione di accordi di conciliazione nel procedimento di mediazione o in sede giudiziale da parte dei rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; b) conclusione di procedimenti di accertamento con adesione, di accordi di mediazione, di conciliazioni giudiziali e di transazioni fiscali in materia tributaria».

Testo coordinato:

Articolo 1, l. n. 20/1994:

1.1. La responsabilità è limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo nei seguenti casi: a) conclusione di accordi di conciliazione nel procedimento di mediazione o in sede giudiziale da parte dei rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165;

b) conclusione di procedimenti di accertamento con adesione, di accordi di mediazione, di conciliazioni giudiziali e di transazioni fiscali in materia tributaria.

La disposizione in commento prevede un’ipotesi di esclusione della responsabilità per colpa grave per fattispecie specifiche, motivata, secondo la relazione illustrativa, dalla necessità di incentivare tali accordi, che avrebbero effetti particolarmente positivi per quanto concerne l’eliminazione dei contenziosi giuslavoristici e tributari che affliggono oggi molte amministrazioni pubbliche.

Indubbiamente, trattasi di fattispecie in linea con gli orientamenti fatti propri dalla Corte costituzionale, anche nell’ultima sentenza più volte richiamata (n. 132/2024), che sostiene la legittimità della eccezionale esclusione della responsabilità colposa per specifiche categorie di pubblici dipendenti, anche solo in relazione a determinate tipologie di atti, in ragione della particolare complessità delle loro funzioni o mansioni ovvero del connesso elevato rischio patrimoniale.

La disposizione proposta andrebbe coordinata con il vigente art. 410 c.p.c., ultimo comma, ai sensi del quale *“la conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, anche in sede giudiziale ai sensi dell’articolo 420, commi primo, secondo e terzo, non può dar luogo a responsabilità, salvo i casi di dolo e colpa grave”*.

Va osservato, peraltro, che l’applicazione della norma in concreto condurrebbe alla

conseguenza di esentare da responsabilità erariale derivante dai danni, anche indiretti, il pubblico amministratore anche laddove abbia concluso un accordo manifestamente irragionevole o illogico (o non conveniente per il pubblico erario) e pertanto illegittimo ed eventualmente annullabile. Con la norma in commento, quindi, fermo restando l'attuale limite già previsto dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, in sede di giudizi dinanzi alla Corte dei conti per danni all'erario, potrebbe venir meno, nel nostro ordinamento giuridico, una rigorosa ed effettiva verifica sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

In ogni caso, nulla ostando all'approvazione della disposizione in esame, andrebbero comunque predisposti adeguati strumenti volti a monitorare il rendimento degli istituti interessati, in quanto non sempre alla tendenza del legislatore a privilegiare gli stessi, nella cui direzione anche la novella normativa proposta si pone, corrisponde un reale effetto deflattivo sul contenzioso.

2.1.3. Potere riduttivo dell'addebito e tetto alla responsabilità amministrativa

Art. 1. (Modifiche agli articoli 1 e 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, concernente l'azione di responsabilità e il controllo della Corte dei conti)

1. Alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1:

(...)

3) al comma 1-bis, primo periodo, dopo le parole: «fermo restando il potere di riduzione» sono inserite le seguenti: «e l'obbligo di esercizio del potere riduttivo nei casi previsti dal comma 1-octies del presente articolo»;

4) dopo il comma 1-septies sono inseriti i seguenti:

«1-octies. Salvi i casi di danno cagionato con dolo o di illecito arricchimento, la Corte dei conti esercita il potere di riduzione ponendo a carico del responsabile, in quanto conseguenza immediata e diretta della sua condotta, parte del danno accertato o del valore perduto di importo minimo pari a euro 150 e massimo non superiore a due annualità del trattamento economico complessivo annuo lordo spettante al responsabile medesimo. La determinazione dell'entità della riduzione di cui al primo periodo in misura superiore al minimo deve essere motivata.

Testo coordinato:

Articolo 1, l. n. 20/1994:

1-bis. Nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione e l'obbligo di esercizio del potere riduttivo nei casi previsti dal comma 1-octies del presente articolo deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità. (...)

1-octies. Salvi i casi di danno cagionato con dolo o di illecito arricchimento, la Corte dei conti esercita il potere di riduzione ponendo a carico del responsabile, in quanto conseguenza immediata e diretta della sua condotta, parte del danno accertato o del valore perduto di importo minimo pari a euro 150 e massimo non superiore a due annualità del trattamento economico complessivo annuo lordo spettante al responsabile medesimo. La determinazione dell'entità della riduzione di cui al primo periodo in misura superiore al minimo deve essere motivata.

Nell'articolato in esame, a regime e in via generale, nelle ipotesi in cui vi sia colpa grave ed escludendo le ipotesi di illecito arricchimento, si impone al giudice di limitare la condanna attraverso l'esercizio del potere di riduzione, ponendo a carico del responsabile solo parte del danno accertato, quantificato in una quota da determinarsi fra un minimo pari a 150 euro e un massimo non superiore a due annualità del trattamento economico complessivo annuo lordo spettante al responsabile medesimo. In altri termini, a fronte di danni erariali accertati per somme maggiori, resterebbe comunque a carico dell'amministrazione, e quindi della collettività, la restante parte. Al giudice, poi, salvo il caso alquanto improbabile di condanna in misura non superiore al minimo, spetterebbe un ulteriore obbligo di motivazione specifica sulla entità della riduzione.

Lo scopo della proposta è evidentemente quella di rendere obbligatorio l'esercizio del potere riduttivo del giudice contabile entro parametri certi e predeterminati che "rassicurino" in ordine all'entità massima del danno suscettibile di essere posto a carico del suo autore.

Se, in linea di massima, si può concordare sull'opportunità di riconsiderare la disciplina dell'esercizio del potere riduttivo dell'addebito, ampliando la dovuta motivazione del Giudice anche su questo profilo, la sostanziale introduzione di un tetto alla responsabilità pone una serie di criticità, tali da ritenere necessario un ripensamento, almeno rispetto alla formulazione così come prospettata.

In primo luogo, la stessa Corte costituzionale, nella più volte richiamata sentenza n. 132/2024, espressamente formula un monito in ordine alla necessità di "*vagliare con attenzione*" - sostanzialmente negandone la pacifica legittimità, da valutarsi, dunque, in ragione della precipua articolazione di una eventuale disciplina - "*la generalizzazione di una misura già prevista per alcune specifiche categorie, ossia l'introduzione di un limite massimo oltre il quale il danno, per ragioni di equità nella ripartizione del rischio, non viene addossato al dipendente pubblico, ma resta a carico dell'amministrazione nel cui interesse esso agisce*" (v. punto 11.1 del diritto).

L'introduzione generalizzata di un limite massimo, non riferito ad alcune specifiche categorie, né circoscritto temporalmente in ragioni di eccezionali circostanze, non appare agilmente coerente con i principi ribaditi dalla stessa Corte costituzionale, nella suddetta sentenza. Occorre valutare infatti se, quanto ivi chiarito con riferimento all'esclusione temporanea ed eccezionale della responsabilità per colpa grave, possa avere qualche validità anche rispetto a disposizioni normative che ne riducono l'effettività: una così forte limitazione, al pari dell'esclusione della responsabilità, riducendone la finalità risarcitoria e indebolendone anch'essa la funzione deterrente, per essere ritenuta non irragionevole dovrebbe trovare anch'essa una piena e valida giustificazione e, dunque, una applicazione non generalizzata, ma radicata nella particolarità di "*uno specifico contesto*".

Nel caso di specie tale *ratio* andrebbe ravvisata, stando alle intenzioni dei proponenti, nell'esigenza di consentire che l'attività amministrativa si svolga in modo tempestivo e senza ostacoli, inclusi quelli che si assumono derivanti dalla paura di incorrere nella responsabilità amministrativa.

In verità, esiste il timore fondato che la concreta applicazione della previsione in esame possa condurre a un allontanamento dalla finalità di incentivare l'efficienza, l'efficacia e l'economicità dell'azione amministrativa.

Appare plausibile, infatti, come la sua attuazione possa rappresentare un disincentivo a adottare condotte diligenti da parte di chi gestisce risorse pubbliche, che potrebbe confidare nella limitazione nel *quantum* da risarcire in caso di condanna, oltre che nella copertura assicurativa (aspetto quest'ultimo approfondito in seguito).

In altri termini, è agevole prevedere un incremento di fattispecie di danno erariale accertate in via giudiziale, ma che verrebbero risarcite solo in minima parte in quanto con la previsione di un limite quantitativo generalizzato, in sede di eventuale condanna si porrebbe *a priori*, a carico dell'amministrazione e dunque della collettività, il restante *quantum* dei danni erariali: in buona sostanza, si determinerebbe una crescita dei danni erariali, il cui costo, incrementato, verrebbe posto in gran parte a carico della comunità amministrata, in dubbio allineamento con quanto chiarito dalla Corte costituzionale.

Peraltro, restando da risarcire il danno ricadente sull'amministrazione, per non incorrere in responsabilità per condotte dolose omissive, è probabile che la limitazione o esclusione della responsabilità per danni erariali possa avere come effetto quello di attrarre le ipotesi di danno derivanti da condotte gravemente e lievemente colpose nell'ambito della giurisdizione ordinaria, laddove peraltro non sono previsti istituti favorevoli al responsabile, quali la graduazione della colpa, la possibilità di esercitare il potere riduttivo dell'addebito, il ricorso ai riti monitorio ed abbreviato.

Per tutte queste ragioni, appare pienamente valido il monito espresso dalla Corte costituzionale, e che pienamente si condivide, di dover vagliare con particolare attenzione l'introduzione di una simile disciplina che potrebbe essere destinata, non solo ad annullare i presunti vantaggi che si assume deriverebbero, in termini di efficienza amministrativa, dalla prevedibilità e effettività, con efficacia *erga omnes*, della riduzione dell'addebito al convenuto, ma anche a produrre ulteriori effetti deteriori rispetto all'obiettivo del buon andamento dell'amministrazione pubblica.

Una volta illustrate in via generale le criticità commesse alla introduzione di un tetto alla responsabilità per colpa grave, si passa a sviluppare qualche considerazione più stringente in ordine allo specifico strumento che, con la disposizione normativa in esame, si intenderebbe introdurre.

In primo luogo va rilevato che la previsione di un limite minimo e massimo mette in discussione la stessa natura risarcitoria della responsabilità erariale, facendo invece prevalere la funzione sanzionatoria, il che avrebbe un impatto facilmente prevedibile, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia europea che ha escluso la violazione del principio del *ne bis in idem* in ipotesi di giudizi di responsabilità amministrativa, stante la natura risarcitoria dell'azione, ed escludendo invece la prevalente finalità sanzionatoria (cfr. CEDU, *Grande Stevens* e altri c. Italia del 4 marzo 2014 e *Rigolio* c. Italia del 13 maggio 2014). Sul punto può risultare significativo anche il raffronto con la previsione, successivamente commentata, della responsabilità espressamente sanzionatoria per ritardi nell'attuazione del PNRR e del PNC che si

applica, ferma restando l'azione di responsabilità.

Sotto altro profilo, va poi osservato come il parametro del "trattamento economico complessivo annuo" non risulti applicabile a ogni ipotesi di responsabilità amministrativa. In particolare, la disposizione in commento sarebbe inapplicabile nei confronti di coloro ai quali non potrebbe estendersi il limite edittale pur essendo assoggettati alla giurisdizione della Corte dei conti in quanto legati alla pubblica amministrazione da un "rapporto di servizio" (quali, ad esempio, i liberi professionisti o le società in rapporto di servizio con le amministrazioni pubbliche).

In ogni caso, se lo scopo della proposta è quello di assicurare effettività e certezza preventiva alla riduzione dell'addebito, potrebbe valutarsi una diversa opzione orientata a predeterminare normativamente massimali ancorati al valore economico-monetario del danno erariale risarcibile, ma soprattutto riferiti a specifiche categorie di funzionari, dipendenti pubblici ovvero agenti, dando così luogo a forme differenziate di risarcimento del danno erariale, normativamente "tipizzate" in relazione all'effettiva esposizione al rischio.

Rispetto alla proposta in esame, dunque sembra preferibile distinguere i due interventi: da un lato una tipizzazione legislativa dei presupposti e dei limiti alla responsabilità per colpa grave idonea a tenere conto delle diverse esigenze di bilanciamento degli interessi imposte costituzionalmente; dall'altro, una disciplina del potere riduttivo, non vincolata a rigidi automatismi, né ad un minimo "edittale", peraltro del tutto irrisorio nel caso in esame.

Del resto, la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 132/2024 pone una netta distinzione fra il cosiddetto "tetto" e il potere riduttivo, precisando anche che possono coesistere, *"dal momento che il primo, fissato dal legislatore, varrebbe obbligatoriamente ex ante per tutti, mentre il secondo è fisiologicamente rimesso ad un apprezzamento discrezionale ex post del giudice contabile"* (v. punto 11.1 del diritto).

Se sin qui si sono evidenziate le criticità della proposta normativa suggerendo, ove possibile, degli aggiustamenti volti a ridurre l'impatto in sede di applicazione, a parere di queste Sezioni riunite si potrebbe addivenire al medesimo scopo di garantire una maggiore efficienza, grazie al venir meno della c.d. "paura della firma", attraverso altri tipi di intervento normativo tali da scongiurare a monte il rischio del determinarsi di effetti opposti rispetto a quelli voluti con le proposte all'esame, come sin qui ampiamente argomentato.

In primo luogo, potrebbe seguirsi il precedente di cui all'art. 2, comma 3, del codice dei contratti pubblici, attraverso l'inserimento nella legge 14 gennaio 1994, n. 20, di una norma di portata generale recante una definizione di "colpa grave". Si potrebbe, quindi, determinare normativamente il perimetro della colpa grave per soddisfare l'esigenza di rendere meno labile il confine tra colpa grave e colpa lieve e, dunque, eliminare il più possibile incertezze interpretative. Si realizzerebbe così un virtuoso compromesso fra quest'ultima esigenza e la necessità di una impostazione coerente

con l'istituto della responsabilità erariale, rispetto al quale permane certamente la assoluta necessità di valutare il grado della colpa sulla base del caso concreto, sia pure percorrendo l'iter argomentativo delineato dalla giurisprudenza e che verrebbe ripreso da una espressa previsione di legge.

Potrebbe inoltre normarsi l'istituto del potere riduttivo prevedendo criteri di esercizio e obblighi motivazionali anche in caso di mancata applicazione.

Utile potrebbe essere, infine, il rafforzamento degli istituti deflattivi del contenzioso, intervenendo quindi sulle regole del codice della giustizia contabile.

In particolare, potrebbe introdursi lo strumento della definizione alternativa a seguito di invito a dedurre, pur con il controllo del giudice, allo scopo di garantire al presunto responsabile di evitare la citazione già in fase istruttoria, attraverso il pagamento di una somma particolarmente ridotta, ma che garantirebbe comunque un più immediato e certo incameramento di somme risarcitorie all'erario.

Infine, potrebbero inserirsi modifiche alla disciplina del "rito abbreviato", nella direzione di rendere l'accesso all'istituto più agevole sia in primo grado che in grado di appello. Ciò allo scopo di favorire la finalità del rito di snellimento del contenzioso in uno con il sollecito incameramento di somme a titolo risarcitorio; nel contempo si ritiene che il rito, facilitato nell'accesso, e con una contenuta richiesta risarcitoria possa venire incontro anche all'esigenza di limitare, per quanto possibile, gli importi delle condanne a carico dei soggetti che hanno causato danno all'erario con comportamenti connotati da "colpa grave".

2.1.4. Obbligo di copertura assicurativa per coloro che abbiano responsabilità nella gestione di risorse pubbliche e facoltà per l'amministrazione di appartenenza di destinare una parte del trattamento economico accessorio spettante ai dirigenti alla stipulazione di polizze assicurative

Art. 1. (Modifiche agli articoli 1 e 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, concernente l'azione di responsabilità e il controllo della Corte dei conti)

1. Alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1:

(...)

4) dopo il comma 1-septies sono inseriti i seguenti:

(...)

1-novies. Una quota del trattamento economico accessorio spettante al dirigente incaricato di gestire risorse pubbliche è destinata dall'amministrazione alla stipulazione di una polizza assicurativa a copertura dei danni patrimoniali cagionati all'amministrazione stessa per colpa grave dal dirigente medesimo. La stessa amministrazione promuove, anche tramite la società Consip Spa, la conclusione di accordi quadro con le principali imprese di assicurazione operanti a livello nazionale. (...)

5) è aggiunto, in fine, il seguente comma: «4-bis. Chiunque assuma un incarico che comporti la gestione di risorse pubbliche dalla quale discenda la sua sottoposizione alla giurisdizione della Corte dei conti è tenuto a stipulare, prima dell'assunzione dell'incarico, una polizza assicurativa a copertura dei danni patrimoniali cagionati dallo stesso all'amministrazione per colpa grave».

La proposta sembra in linea con l'indicazione della Corte costituzionale in ordine all'incentivazione delle polizze assicurative che, allo stato attuale, non sono obbligatorie per i dipendenti pubblici, se non per i sanitari.

Inoltre, trattasi di un'incentivazione già seguita nel nuovo codice dei contratti pubblici, in attuazione del principio della fiducia.

Preso atto di ciò, non ci si può esimere dal ricordare la necessità di assicurare la compatibilità della proposta normativa con l'art. 3, c. 59, della legge 244/2007 che ha previsto la nullità, per illiceità della causa, del contratto di assicurazione stipulato da un ente pubblico a favore dei propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile, sanzionando l'amministratore che stipula il contratto e il beneficiario della copertura assicurativa con il pagamento, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo.

Quanto alla previsione del potere di trattenere una parte del trattamento accessorio, da destinare alla stipulazione delle polizze, oltre ai problemi di coordinamento con la previsione di cui all'art. 3, c. 59, della citata legge 244/2007, cit., andrebbe anche verificata la compatibilità con le previsioni normative in materia di contrattazione collettiva, le quali rimettono ai contratti collettivi la definizione del trattamento economico fondamentale e accessorio dei dipendenti (art. 45, d. lgs. n. 165/2001).

Infine, va rilevato che, facendo quest'ultima previsione riferimento al solo trattamento accessorio dei dirigenti, lascia privi di considerazione i funzionari e gli altri agenti pubblici; resterebbero fuori da questa disposizione anche tutti quei soggetti privati in rapporto di servizio con la pubblica amministrazione.

2.1.5. Possibilità di disporre nella sentenza definitiva di condanna a carico del dirigente o del funzionario, in relazione alla gravità della colpa, un periodo di sospensione dalla gestione di risorse pubbliche compreso fra sei mesi e tre anni

Art. 1. (Modifiche agli articoli 1 e 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, concernente l'azione di responsabilità e il controllo della Corte dei conti)

1. Alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1:

(...)

4) dopo il comma 1-septies sono inseriti i seguenti:

(...)

1-decies. Nella sentenza di condanna la Corte dei conti può, nei casi più gravi, disporre a carico del dirigente o del funzionario condannato la sospensione dalla gestione di risorse pubbliche per un periodo compreso tra sei mesi e tre anni. L'amministrazione, conseguentemente, avvia immediatamente un procedimento ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, da concludere improrogabilmente entro il termine della sospensione disposta con il passaggio in giudicato della sentenza, e assegna il dirigente o il funzionario sospeso a funzioni di studio e ricerca»;

Dalla lettura della norma, sembra prevedersi che la pronuncia della Sezione giurisdizionale della Corte dei conti sia destinata a costituire il presupposto di misure che il datore di lavoro è chiamato a adottare, in contraddittorio con il dipendente.

Pur non rilevandosi elementi ostativi all'adozione di questa previsione, non può non notarsi come dalla sua applicazione possano derivare alcune criticità.

In primo luogo, le eventuali controversie potrebbero porre problemi di riparto tra giurisdizioni (cfr. ad es., Corte di cassazione, SSU n. 13305 del 14 maggio 2024).

Ma soprattutto non è chiaro se possa applicarsi la disciplina richiamata (art. 21 "Responsabilità dirigenziale", cit.) anche ai funzionari; peraltro, detta sanzione interdittiva inciderebbe sulla durata del procedimento amministrativo, prevista da una pluralità di norme vigenti e la sospensione disposta in seguito alla condanna della Corte dei conti avrebbe importanti ricadute sulla funzionalità degli enti di piccola dimensione.

Infine, come in altre disposizioni, sembra avvalorarsi l'idea di una giurisdizione contabile concentrata in prevalenza sulle "sanzioni" nei confronti dei dipendenti pubblici, anziché sulla finalità risarcitoria e quindi sulla verifica dell'effettivo danno subito dall'amministrazione pubblica, conseguente anche ad azioni od omissioni di soggetti privati. Il che costituirebbe un aggravio di responsabilità per i pubblici dipendenti, che sembra porsi in antitesi con la finalità della proposta normativa in commento.

2.2. Il controllo preventivo di legittimità sugli atti

La proposta di legge in esame, rispetto a questa importante funzione di controllo della Corte dei conti - che trova espressa previsione nella Carta costituzionale (art. 100, comma 2) e che è esercitata dalla Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, e dalle Sezioni regionali sugli atti delle amministrazioni periferiche dello Stato, su ipotesi tassative previste dalla legge - prevede una modifica di carattere generale (inclusa anche nella proposta di legge C. n. 340 assorbita) finalizzata all'allineamento fra le previsioni di cui alla legge n. 20 del 1994 in punto di soglie di valore dei contratti assoggettati a controllo e quanto stabilito dal codice dei contratti pubblici.

Introduce, poi, una disciplina speciale sugli affidamenti dei contratti sopra soglia connessi all'attuazione del PNRR e del PNC, con cui si mira ad incidere sulle dinamiche del procedimento, sui termini e sugli effetti del medesimo. Segue una disposizione volta a consentire alle Regioni, alle province autonome e agli enti locali, di assoggettare al controllo preventivo di legittimità della Corte medesima gli affidamenti sopra soglia, sempre solo se connessi all'attuazione del PNRR e del PNC.

Quanto alle previsioni in materia di controllo preventivo contenute nella proposta di legge C. n. 340, nel rinviare a quanto già espresso da queste Sezioni riunite nel richiamato parere reso con deliberazione n. 5/2021/CONS, si evidenzia che, per quanto non perfettamente sovrapponibili a quelle della proposta all'esame, valgono le osservazioni rese di seguito con riguardo a quest'ultima, risultando parimenti validi i

principi espressi.

2.2.1. Allineamento fra le previsioni della legge 20/1994, in punto di soglie di valore dei contratti assoggettati a controllo preventivo di legittimità, e quanto stabilito dal codice dei contratti pubblici

Art. 1. (Modifiche agli articoli 1 e 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, concernente l'azione di responsabilità e il controllo della Corte dei conti)

Alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, sono apportate le seguenti modificazioni:

(...) b) all'articolo 3: al comma 1, lettera g), le parole: «di appalto d'opera, se di importo superiore al valore in ECU stabilito dalla normativa comunitaria per l'applicazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti stessi» sono sostituite dalle seguenti «di appalto di lavori, servizi o forniture, se di importo superiore alle soglie previste dall'articolo 14 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36».

Nulla si osserva in quanto la norma propone un sostanziale e condivisibile allineamento fra le previsioni della legge n. 20 del 1994 e quanto stabilito, in punto di soglie di valore dei contratti, dal decreto legislativo n. 36 del 2023 recante il nuovo codice dei contratti pubblici.

2.2.2. Norme la cui applicazione è limitata all'attuazione del PNRR e del PNC: controllo preventivo di legittimità sui contratti

Art. 1. (Modifiche agli articoli 1 e 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, concernente l'azione di responsabilità e il controllo della Corte dei conti)

1. Alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, sono apportate le seguenti modificazioni:

(...)

b) all'articolo 3:

1) (...)

2) dopo il comma 1-bis sono inseriti i seguenti: «1-ter. Per i contratti pubblici connessi all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), il controllo preventivo di legittimità di cui al comma 1, lettera g), è svolto sui provvedimenti di aggiudicazione, anche provvisori, e sui provvedimenti conclusivi delle procedure di affidamento che non prevedono l'aggiudicazione formale; i termini di cui al comma 2 sono dimezzati. I termini di cui al primo periodo hanno carattere perentorio; qualora alla scadenza non sia intervenuta la deliberazione, l'atto si intende registrato anche ai fini dell'esclusione di responsabilità di cui all'articolo 1, comma 1. Il visto può essere ruscato soltanto con deliberazione motivata».

Anche rispetto a queste previsioni normative, non può non evidenziarsi come trattasi di interventi che, per quanto concepiti per soddisfare esigenze di semplificazione e accelerazione dei procedimenti allo scopo di assicurare l'impiego delle risorse e la realizzazione degli obiettivi, si rivelano, ancora una volta e sotto diversi profili, destinati a creare invece un ulteriore abbassamento del livello delle garanzie poste a tutela della legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

Appare evidente, infatti, che tutte le previsioni che si intenderebbe introdurre, come

meglio specificato di seguito - soprattutto se messe in relazione con la previsione dell'esimente a seguito di registrazione degli atti in precedenza ampiamente illustrata - siano destinate inequivocabilmente a privilegiare un ruolo del controllo preventivo quale mero titolo di esonero dalla responsabilità erariale, piuttosto che quale presidio ai fini della garanzia della legalità finanziaria sostanziale sui grandi appalti previsti dal PNRR e dal PNC.

Si osserva, in primo luogo, come la previsione dell'approvazione del contratto al momento dell'aggiudicazione, dalla evidente finalità acceleratoria, farebbe venir meno i vantaggi di un controllo preventivo su un ambito oggettivo più ampio e inclusivo del contratto approvato.

Particolarmente dirimente è il diverso effetto che la disposizione proposta intenderebbe introdurre per questi contratti una volta decorso il termine previsto per il controllo: se la disciplina generale vigente stabilisce che i provvedimenti divengono "esecutivi", per quella speciale gli atti sarebbero da intendersi "registrati" anche ai fini dell'esclusione di responsabilità; la differenza tra i due concetti è sostanziale, in quanto, il decorso del termine, nel primo caso, determina il mero verificarsi di una condizione di efficacia dell'atto.

Al riguardo, in primo luogo va evidenziato come l'introduzione di una sorta di "silenzio assenso" non appaia coerente con le caratteristiche della funzione di controllo preventivo di legittimità svolto dalla Magistratura contabile, trattandosi di istituto nato e disciplinato nell'ambito dei procedimenti amministrativi. Secondo costante giurisprudenza della Corte costituzionale, infatti, il controllo preventivo consiste nell'applicazione terza e imparziale della legge, tanto che la Corte dei conti può, in tale ambito, sollevare questione di legittimità costituzionale. In ogni caso, nel nostro sistema giuridico risulta eccentrica la previsione dell'istituto del "silenzio assenso" nello svolgimento di funzioni magistratuali. Ma soprattutto, tale previsione, combinandosi, come già detto, con quella, di ambito generale, che prevede l'esimente per gli atti registrati - con estensione ai fatti dannosi che traggano origine non solo dall'emanazione di un atto vistato e registrato ma anche da uno degli atti o documenti a tal fine sottoposti a controllo - avrebbe come effetto l'esclusione di responsabilità per atti rispetto ai quali non verrebbe in essere alcun vaglio magistratuale, sostituito dal mero decorso del tempo.

Pertanto, tutte le criticità già in precedenza prospettate - tanto avuto riguardo alla *ratio* delle funzioni di controllo, quanto all'essenza dell'istituto della responsabilità - diventano ancora più evidenti rispetto a queste fattispecie.

Si nutrono poi forti perplessità anche sulla scelta del dimezzamento dei termini per il controllo, già di per sé esigui, limitatamente a questa tipologia di atti, attesa peraltro la vigenza delle prescrizioni sui termini procedurali aventi natura acceleratoria, già introdotte con l'art. 27 della l. n. 340/2000 (in particolare, quella per cui gli atti soggetti al controllo «*divengono in ogni caso esecutivi trascorsi sessanta giorni dalla loro ricezione, senza che sia intervenuta una pronuncia della Sezione del controllo*»).

La perentorietà dei termini sembra poi estendersi, in particolare, anche a quello previsto per l'istruttoria che non è inteso, ad oggi, come perentorio. Pertanto, per la

stessa procedura di controllo, sarebbero previsti termini con natura diversa (ordinatoria o perentoria) a seconda del tipo di atto esaminato.

Peraltro, il dimezzamento e la perentorietà dei termini per il controllo pongono anche la rilevante questione della compatibilità di una riforma che si intenderebbe portare avanti a invarianza della spesa e dunque in assenza di un correlato potenziamento dell'organico della Corte dei conti, stante anche l'ampliamento, al momento non preventivabile, degli atti sottoposti a controllo preventivo.

Infine, appare ridondante la previsione della conclusione della procedura con specifica deliberazione laddove non si addivenga alla registrazione del provvedimento, essendo la stessa già prevista dall'ordinamento (art. 3, comma 11, legge n. 20 del 1994 che richiama l'art. 1 della legge 21 marzo 1953, n. 161).

Sembra potersi concludere che, nella concreta applicazione, le modifiche proposte in materia di controllo preventivo, anziché rispondere alla finalità "acceleratoria" dell'azione amministrativa, potrebbero condurre quasi a una paralisi del circuito dei controlli, nonché al rischio che, senza apportare alcuno snellimento alle procedure, si possano incentivare situazioni di illegittimità rilevabili proprio nei settori, particolarmente complessi e delicati, interessati dalla proposta di modifica.

Una considerazione da valutarsi in relazione alla sottrazione degli atti attuativi del PNRR al Collegio del controllo concomitante della Corte dei conti - istituito con delibera del Consiglio di Presidenza ai sensi dell'art. 22, comma 2, del d.l. n. 76 del 2020 - per effetto dell'art. 1, comma 12-quinquies, lett. b), del d.l. n. 44 del 2023, la cui permanenza avrebbe assicurato un monitoraggio e una verifica dei risultati al fine di responsabilizzare in corso d'opera stimolando processi di autocorrezione delle amministrazioni destinatarie nell'impiego delle risorse finanziarie per la realizzazione degli investimenti e il conseguimento degli obiettivi previsti dal Piano stesso. Quanto al controllo concomitante si rinvia anche alle considerazioni rese da queste Sezioni riunite nella già più volte richiamata deliberazione n. 5/2021/CONS, auspicandone un rafforzamento.

Va ancora rilevato come la riforma sembri non tenere in dovuta considerazione la complessità dell'esercizio della funzione in esame, il cui modo di esplicarsi ha potenzialità che le norme proposte potrebbero adombrare.

Sempre di più, infatti, con il controllo preventivo di legittimità viene esercitato anche un ruolo conformativo dell'azione amministrativa della P.A. senza dover pervenire alla conseguenza della ricsuzione del visto di legittimità con deliberazione della Sezione, l'attività svolta dagli Uffici di controllo risulta, infatti, spesso già di per sé funzionale a evitare che le pubbliche amministrazioni adottino provvedimenti non conformi a legge: il procedimento del controllo preventivo si pone come l'occasione per stimolare, nell'Amministrazione controllata, processi di autocorrezione e dunque innescare doverose misure di autotutela, volte a rimuovere le irregolarità e a ripristinare una situazione di legalità, formale e sostanziale; inoltre, non da sottovalutare è il ruolo svolto dai "rilievi avviso", ovvero le osservazioni che accompagnano la registrazione degli atti, ai quali le amministrazioni sono chiamate a conformarsi.

Appare evidente, dunque, come le norme sul procedimento, i termini e gli effetti del controllo preventivo che si intenderebbero introdurre, reprimendo l'esplicarsi di queste virtuose dinamiche che necessitano di tempi e modalità adeguate, finirebbero per penalizzare anche sotto quest'ulteriore profilo il livello di garanzia di legalità e di supporto al buon andamento dell'azione amministrativa garantito dall'esercizio del controllo preventivo di legittimità.

Alla luce di tutto quanto sin qui illustrato, non può non concludersi nel senso che le norme proposte appaiono destinate ad andare nella direzione opposta rispetto a quella auspicata di assicurare il migliore impiego delle risorse e la realizzazione degli obiettivi.

La direzione da perseguire, dunque, non può che essere un'altra.

Lasciando invariate le norme sul procedimento e i termini del controllo, potrebbe ravvisarsi l'opportunità di ampliare il perimetro degli atti assoggettati al controllo preventivo, esclusivamente con riferimento all'attività negoziale correlata all'attuazione del PNRR e del PNC.

Al riguardo, il criterio della soglia di valore potrebbe non essere il solo da tenere in considerazione, potendo venire in rilievo, per i profili di rischio alle stesse connessi e a prescindere dal loro valore, anche le procedure straordinarie, quelle derogatorie, ovvero quelle rispetto alle quali si siano riscontrate nel tempo maggiori anomalie.

Sotto altro profilo, potrebbe considerarsi di portare a controllo preventivo anche gli atti di esecuzione del contratto originario, nel caso quest'ultimo subisca in sede esecutiva delle variazioni oggettive e soggettive, estendendo il controllo della Corte dei conti anche alla fase di esecuzione del contratto (ad esempio esplicitando l'assoggettamento delle varianti in corso di esercizio).

In ogni caso, va ricordato che, quanto alle possibilità di ampliare l'ambito del controllo, se il perimetro degli atti assoggegnabili a controllo preventivo di legittimità dipende da precise scelte del legislatore che, nella sua discrezionalità può restringerlo o ampliarlo in relazione alle finalità e al rilievo finanziario che possono rivestire in un determinato periodo storico, già l'ordinamento vigente prevede altri strumenti per incidere sul medesimo e che potrebbero essere rivitalizzati: in primo luogo, la stessa legge rimette alle Sezioni riunite della Corte dei conti la possibilità, con deliberazione motivata, di stabilire che singoli atti di notevole rilievo finanziario, individuati per categorie ed amministrazioni statali, siano sottoposti all'esame della Corte per un periodo determinato (cfr. art. 3, comma 3, della legge n. 20/1994); inoltre, anche il Presidente del Consiglio dei Ministri può ritenere di richiedere, al Presidente della Corte dei conti, la sottoposizione temporanea di alcuni atti al controllo preventivo di legittimità, in relazione a situazioni di diffusa e ripetuta irregolarità rilevate in sede di controllo successivo (cfr. art. 3, comma 1, lett. l) della legge n. 20/1994).

2.2.3. Controllo preventivo di legittimità per gli affidamenti sopra soglia disposti dalle regioni, dalle province autonome e dagli enti locali

Art. 1. (Modifiche agli articoli 1 e 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, concernente l'azione di responsabilità e il controllo della Corte dei conti)

1. Alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, sono apportate le seguenti modificazioni:

(...)

b) all'articolo 3:

1) (...)

2) dopo il comma 1-bis sono inseriti i seguenti:

(...)

1-quater. Le regioni, le province autonome e gli enti locali, con norma di legge o di statuto adottata previo parere delle sezioni riunite della Corte dei conti, possono sottoporre al controllo preventivo di legittimità della Corte medesima i provvedimenti di aggiudicazione, anche provvisori, ovvero i provvedimenti conclusivi delle procedure di affidamento che non prevedono l'aggiudicazione formale, relativi ai contratti di appalto di lavori, servizi o forniture, attivi o passivi, ovvero ai contratti di concessione, finalizzati all'attuazione del PNRR e del PNC, di importo superiore alle soglie previste dall'articolo 14 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36. 1-quinquies. La facoltà di cui al comma 1-quater è riconosciuta a ogni altro soggetto attuatore del PNRR e del PNC nel rispetto delle previsioni dei rispettivi ordinamenti. 1-sexies. Per gli atti e i provvedimenti di cui ai commi 1-quater e 1-quinquies si applicano le disposizioni di cui al comma 1-ter».

Le norme in commento introducono la possibilità per le regioni, le province autonome e gli enti locali, nonché per ogni altro soggetto attuatore del PNRR e del PNC, di sottoporre al controllo preventivo di legittimità della Corte medesima gli affidamenti sopra soglia.

Si tratta di una possibilità limitata ai provvedimenti di aggiudicazione relativi ai contratti di appalto di lavori, servizi o forniture, attivi o passivi, ovvero ai contratti di concessione, finalizzati all'attuazione del PNRR e del PNC, da adottare in maniera strutturale, ovvero con legge regionale o statutaria o comunque nel rispetto degli ordinamenti dei soggetti attuatori, previo parere delle Sezioni riunite in sede di controllo.

Sulle implicazioni di tali previsioni, si richiamano le osservazioni già formulate dalle Sezioni riunite in sede consultiva a proposito di disposizioni di analogo tenore contenute nella proposta di legge C. n. 340, assorbita da quella in esame (deliberazione n. 5/2021/CONS).

In primo luogo, la questione del cd. "controllo preventivo facoltativo" è stata già valutata negativamente in quella sede, ma già in precedenza dalle Sezioni riunite in sede consultiva nell'adunanza del 10 aprile 2020, esitata nella deliberazione n. 1/2020/CONS. Da tale orientamento non si rinvergono motivi per discostarsi.

La previsione in esame presenta infatti profili di dubbia compatibilità con l'art. 117, c. 2, lett. e), g) e l) della Costituzione, poiché attribuisce a fonti normative diverse dalla legge statale l'ambito del controllo preventivo di legittimità riconducibile, per vari aspetti, alle materie "ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali", "giurisdizione e norme processuali", "ordinamento civile e penale", "giustizia amministrativa" e "sistema tributario e contabile dello Stato", di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

La norma, dunque, si porrebbe fuori dal sistema ordinamentale, quale definito dalla

Carta costituzionale e dalle altre norme di rango statale che dispongono la riserva di legge in materia di forme e modalità di controllo (art. 20, c. 2, della legge n. 243 del 2012).

La disposizione, ove mantenuta, verrebbe inoltre ad invadere la riserva di legge statale prevista dall'art. 100 della Costituzione anche in relazione alla definizione delle attribuzioni della Corte dei conti, consentendo l'assegnazione di nuove ed ulteriori funzioni attraverso atti diversi dalla legge dello Stato, e si porrebbe in contrasto con la riserva di legge in materia di ordinamento civile di cui all'art. 117, c. 1, lett. 1, della Carta costituzionale.

Osterebbero a una valutazione positiva della previsione in esame anche gli ulteriori profili di dubbia legittimità costituzionale insiti nella stessa, e derivanti dall'esercizio di un potere di controllo non connotato dai caratteri di necessarietà, ma attivato a richiesta degli enti necessari e per giunta con termini dimidiati. Va inoltre ricordato, in proposito, come i controlli preventivi di legittimità nei confronti degli Enti territoriali, caratterizzati da un'impostazione di tipo gerarchico (con sovra ordinazione dello Stato rispetto alle Regioni e alle Autonomie territoriali) e pertanto lesiva dell'autonomia di detti enti, siano stati eliminati parallelamente al riconoscimento costituzionale dell'autonomia amministrativa degli stessi. Del resto, la previsione della facoltatività del controllo ad istanza dell'Ente interessato non sembra rilevare ai fini della natura dello stesso che, una volta attivato, uscirebbe dalla sfera di disponibilità dell'Ente per assumere il carattere suo proprio di controllo necessario e cogente, così reintroducendo surrettiziamente il controllo preventivo su atti abrogato con la riforma di cui alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Non è chiaro, infine, in che termini e con quali modalità tale norma potrebbe trovare attuazione nelle Regioni a Statuto speciale e nelle Province Autonome, dovendosi inserire nel già speciale e differenziato iter legislativo previsto per tali Autonomie.

Ma anche laddove si ritenessero superabili i dubbi di legittimità costituzionale manifestati, va evidenziato come i relativi procedimenti amministrativi non ne risulterebbero semplificati o comunque migliorati in termini di efficienza, celerità e perseguimento degli obiettivi. Tanto soprattutto in quanto viene proposta, per questi eventuali controlli, l'applicazione della medesima disciplina speciale che si intenderebbe introdurre per gli affidamenti statali in attuazione del PNRR e del PNC. Vengono pertanto in rilievo tutte le perplessità già al riguardo espresse.

Ancora una volta trattasi di previsioni normative che, anche se concepite per soddisfare esigenze di semplificazione e accelerazione dei procedimenti, inequivocabilmente finirebbero per ridurre le garanzie poste non solo a tutela della legalità, ma anche del buon andamento dell'azione amministrativa.

Anche rispetto a questa fattispecie, dunque, la scelta degli Enti e dei Soggetti interessati di sottoporsi a un tale ulteriore aggravio troverebbe incentivazione soltanto nell'esimente alla responsabilità che si intende introdurre all'art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994.

La norma nel suo complesso sembrerebbe privilegiare un ruolo del controllo preventivo quale mero titolo di esonero dalla responsabilità erariale, piuttosto che

quale presidio ai fini della garanzia della legalità finanziaria sostanziale sui grandi appalti previsti dal PNRR e dal PNC.

Infine, dall'attuazione della norma in esame deriverebbero maggiori oneri per la finanza pubblica, considerato il prevedibile aumento degli atti sottoponibili al controllo preventivo in termini peraltro dimezzati. Pertanto, l'articolato si presenta, sul punto, carente anche sotto il profilo della copertura finanziaria. Ciò dovrebbe comportare, infatti, una necessaria riorganizzazione in senso ampliativo degli Uffici della Corte dei conti, sia in termini di personale amministrativo che magistratuale, a meno di non depotenziare, ad invarianza di risorse umane e strumentali, altre funzioni della Corte in sede locale, tra le quali si evidenziano i controlli di regolarità amministrativo-contabile sui bilanci e i rendiconti delle autonomie locali, proprio ora che le nuove regole fiscali europee richiedono un costante ed efficace monitoraggio dell'andamento della spesa pubblica.

Fermo tutto quanto sin qui esposto, laddove si ritenessero superabili i dubbi di costituzionalità manifestati, oltre a un necessario potenziamento dell'organico della Corte, sarebbe in ogni caso preferibile restare nelle logiche proprie di questo tipo di controllo, da prevedersi, dunque, in maniera stabile e necessaria per categorie di atti individuate tassativamente. Elementi innovativi andrebbero ravvisati, non tanto nelle procedure e nei termini, considerati gli effetti distorsivi già evidenziati nel commentare la norma precedente, bensì nella direzione già espressa, ovvero quella di includere ulteriori fattispecie, superando il mero criterio della soglia di valore degli affidamenti ed estendendo il controllo della Corte dei conti anche alla fase di esecuzione del contratto.

2.3. L'attività consultiva della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica

Le disposizioni in materia contenute nella proposta all'esame andrebbero ad inserirsi in un quadro normativo, delineato dalla legge, che è bene preliminarmente rammentare nelle sue linee generali.

Per quanto non espressamente prevista dalla Costituzione, l'esercizio della funzione consultiva da parte della Corte dei conti è riconducibile all'alveo delle attribuzioni costituzionali assegnate alla Corte dei conti quale organo ausiliare (art. 100, secondo comma, Cost.).

Come noto, a livello centrale questa funzione è svolta tradizionalmente da queste Sezioni riunite in sede consultiva che si esprimono generalmente su schemi di atti normativi o regolamentari, rispetto ai quali occorre, o si ritiene opportuno acquisire, il previo avviso della Magistratura contabile.

A livello territoriale, in un più ampio quadro ordinamentale che ha visto incrementarsi negli ultimi anni le attività delle Sezioni regionali di controllo, si è introdotta la possibilità di richiedere alle stesse pareri da parte di Regioni, Province, Comuni e Città metropolitane. Alle Sezioni regionali di controllo non è assegnata una funzione di consulenza di portata generale, bensì limitata alla materia di contabilità pubblica e su temi di carattere generale, così da non determinare un'ingerenza della Corte nella concreta attività gestionale dell'Ente e, in ultima analisi, una compartecipazione

all'amministrazione attiva, incompatibile con la posizione di terzietà ed indipendenza di quest'ultima Corte quale organo magistratuale.

La competenza in materia della Sezione delle autonomie, nonché delle Sezioni riunite in sede di controllo, nei casi di eccezionale rilevanza ai fini del coordinamento della finanza pubblica, è invece dettata dall'esigenza di prevenire o risolvere contrasti interpretativi rilevanti, per garantire coerenza all'unitaria attività svolta dalla Corte dei conti.

Motivata dall'intenzione di raccordare le competenze intestate alle Sezioni regionali di controllo con l'attività di coordinamento della Sezione delle autonomie è, infine, la prevista possibilità di inviare richieste di parere in materia di contabilità pubblica direttamente alla Sezione delle autonomie, da parte di organismi rappresentativi delle Regioni e degli Enti locali.

In questo quadro normativo vigente andrebbero a inserirsi le disposizioni della proposta di legge all'esame che ricalcano, in linea generale, quelle formulate nella assorbita proposta C. n. 340 e rispetto alla quale queste Sezioni riunite avevano già espresso, nella già più volte richiamata deliberazione n. 5/2021/CONS, alcune valutazioni critiche.

Per completezza, occorre precisare che, se la proposta C. n. 340 prevedeva una generalizzata attività consultiva anche in favore delle amministrazioni centrali, per la proposta in esame la stessa sarebbe limitata a fattispecie connesse all'attuazione del PNRR e del PNC.

Inoltre, mentre la proposta in esame richiama, a livello centrale, la competenza della Sezione centrale della Corte dei conti per il controllo di legittimità, la proposta assorbita ampliava la competenza di queste Sezioni riunite in sede consultiva.

Infine, si osserva che l'art. 46 (Sviluppo della funzione consultiva) della legge n. 238/2021 già prevede una disposizione analoga a quella che si intenderebbe introdurre con la proposta in esame. Diversamente dalla norma ora in commento, tuttavia, il menzionato art. 46 limita espressamente l'ampliamento della funzione consultiva della Corte alla possibilità di rendere pareri in relazione alle sole *"risorse stanziati dal PNRR e ai fondi complementari al PNRR"* e per la funzione da esercitarsi in sede territoriale ne circoscrive l'oggetto alle *"condizioni di applicabilità della normativa di contabilità pubblica all'esercizio delle funzioni e alle attività finanziate con le risorse stanziati dal PNRR e con i fondi complementari al PNRR"*. Lo sviluppo della funzione consultiva viene riferito all'attuazione del Regolamento (UE) 2021/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 e viene finalizzato a un *"efficace monitoraggio e controllo degli interventi dell'Unione europea per il periodo di programmazione 2021/2027"*.

Pertanto, la norma in commento andrebbe a sovrapporsi, di fatto, all'art. 46, cit., discostandosi per l'ampliamento generalizzato della novellata funzione consultiva della Corte dei conti, da esercitarsi senza limiti temporali e di materia, nonché per la previsione della possibilità di rendere pareri su fattispecie concrete.

2.3.1. Attività consultiva della Sezione centrale della Corte dei conti per il controllo di legittimità su atti e delle Sezioni regionali anche su fattispecie concrete connesse all'attuazione del PNRR e del PNC.

Art. 2. (Attività consultiva della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica) 1. La sezione centrale della Corte dei conti per il controllo di legittimità su atti, su richiesta delle amministrazioni centrali e degli altri organismi nazionali di diritto pubblico, rende pareri in materie di contabilità pubblica, anche su fattispecie concrete connesse all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), di valore complessivo non inferiore a un milione di euro, purché estranee ad atti soggetti al controllo preventivo di legittimità ovvero a fatti per i quali la competente procura contabile abbia notificato un invito a dedurre. Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti rendono i pareri di cui al primo periodo, su richiesta dei comuni, delle province, delle città metropolitane e delle regioni. È esclusa, in ogni caso, la gravità della colpa per gli atti adottati in conformità ai pareri resi. Le sezioni riunite della Corte dei conti assicurano la funzione nomofilattica sull'attività consultiva esercitata dalla sezione centrale e dalle sezioni regionali ai sensi del presente comma.

2. I pareri di cui al comma 1 sono resi entro il termine perentorio di trenta giorni dalla richiesta. In caso di mancata espressione del parere nel termine di cui al primo periodo, lo stesso si intende reso in senso conforme a quanto prospettato dall'amministrazione richiedente, ai fini dell'esclusione della gravità della colpa di cui al medesimo comma 1, ovvero in senso negativo qualora l'amministrazione richiedente non abbia prospettato alcuna soluzione.

Le norme in commento, dunque, prevedono un'attività consultiva della Corte dei conti nelle materie della contabilità pubblica, per fattispecie specifiche e concrete, non soggette al controllo preventivo di legittimità, né oggetto di invito a dedurre e per i soli appalti di valore superiore alla soglia di 1 milione di euro. La competenza è assegnata alla Sezione centrale della Corte dei conti per il controllo di legittimità e alle Sezioni regionali, ferma la funzione nomofilattica in capo alle SSRR.

In linea generale, il ruolo di supporto della Corte di conti svolto attraverso l'esercizio della funzione in parola non può che essere concepito e svolto in coerenza con il ruolo proprio di una Magistratura contabile.

In altri termini, laddove si intenda estendere la funzione consultiva della Corte dei conti, sia pure con particolare riferimento alle specifiche fattispecie sopra indicate, occorre necessariamente tener conto di limiti e parametri che assicurino la conformità delle previsioni proposte alle basi costituzionali su cui la stessa si fonda, come peraltro già messo in luce da queste Sezioni riunite nella citata deliberazione n. 5/2021/CONS. In primo luogo, con riferimento all'estensione della legittimazione alla richiesta di parere alle Amministrazioni centrali, andrebbe precisato come l'ausilio consultivo non possa che essere reso su pareri relativi all'applicazione dei principi contabili generali, pena la violazione della riserva di amministrazione, costituzionalmente garantita, e la violazione di sfere di competenza di altre Istituzioni e, *in primis*, del Consiglio di Stato competente ad esprimersi, nell'espletamento della sua funzione consultiva, sulla regolarità e la legittimità, il merito e la convenienza degli atti amministrativi. Tra

l'altro, ove la disposizione venisse mantenuta, il Consiglio di Stato dovrebbe esprimersi sul punto ai sensi dell'art. 1 del R.D.L. n. 273/1939.

Né minori problemi porrebbe la possibilità di una richiesta di pareri provenienti da "organismi nazionali di diritto pubblico" la cui definizione, nell'ambito del nostro ordinamento, appare assai vaga e necessiterebbe di maggiore precisazione. L'ausilio consultivo nei confronti dei c.d. organismi di diritto pubblico non troverebbe, poi, alcun avallo costituzionale e normativo e rischierebbe di estendere, potenzialmente, l'esercizio della funzione anche a vantaggio di soggetti di diritto privato.

La disposizione, inoltre, demanda l'esercizio della funzione consultiva nei confronti delle amministrazioni statali e degli organismi di diritto pubblico, alla Sezione centrale della Corte dei conti per il controllo di legittimità su atti, che invece, come noto, si esprime esclusivamente sugli atti del Governo sottoposti a registrazione nell'ambito del controllo preventivo di legittimità, con inevitabile confusione ovvero sovrapposizione di competenze tra le stesse.

Tanto, nonostante la previsione che limiterebbe l'ausilio consultivo a fattispecie "estranee ad atti soggetti al controllo preventivo di legittimità". L'alternatività di funzioni differenti (controllo e consultiva), infatti, non fa altro che evidenziare come le stesse non siano più intese nella loro dimensione oggettiva, focalizzata sugli atti e sulle gestioni pubbliche, ma accomunate dalla sola finalità, che sembra assumere valore preminente, di corrispondere all'esigenza di chi amministra o gestisce di ottenere l'esenzione di responsabilità, come meglio precisato *infra*.

Più in linea generale, l'attribuzione della funzione consultiva alla Sezione centrale della Corte dei conti per il controllo di legittimità su atti appare completamente distonica rispetto al quadro normativo vigente in ordine alle competenze consultive della Magistratura contabile, nonché, come accennato, anche difforme da quanto previsto nella proposta di legge C. n. 340 assorbita.

Quest'ultima precisazione consente di evidenziare come, in linea di massima, sia preferibile lasciare che sia la Corte dei conti stessa, nell'esercizio dei propri poteri di autoorganizzazione e in ragione delle specifiche funzioni esercitate dalle sue diverse articolazioni, a individuare le Sezioni competenti all'esercizio delle funzioni alla medesima intestate.

Tanto varrebbe anche con riferimento alla previsione della funzione nomofilattica sull'attività consultiva, rispetto alla quale potrebbe essere mantenuta la competenza della Sezione delle autonomie a emanare delibere di orientamento alla quale le Sezioni regionali di controllo si conformano.

In tal senso sarebbe, altresì, opportuno, modificare il *quorum* strutturale (composto attualmente da 35 magistrati) previsto dalla legge per il funzionamento delle Sezioni riunite, mediante la possibilità di costituire collegi per aree tematiche più ristretti, proprio in vista del possibile aumento del carico di lavoro di detto organo, al fine di rendere più celere l'espletamento delle funzioni.

Quanto all'ambito oggettivo della funzione in parola, l'articolato lo individua correttamente, tanto in sede centrale, quanto in sede periferica - ove la competenza è posta in capo alle Sezioni regionali di controllo - nelle "materie di contabilità pubblica".

Si precisa tuttavia come detta funzione possa svolgersi “*anche su fattispecie concrete*”, connesse all’attuazione del PNRR e del PNC, di valore complessivo non inferiore a un milione di euro.

Al riguardo va sottolineato che, sebbene le richieste di parere siano solitamente originate da una esigenza gestionale dell’Amministrazione, l’ausilio consultivo della Magistratura contabile può essere dato solo ed esclusivamente sulla corretta interpretazione di principi, norme ed istituti riguardanti la contabilità pubblica poiché, come già sopra evidenziato, è preclusa qualsiasi forma di co-amministrazione o di cogestione in quanto incompatibile con la posizione di neutralità, indipendenza ed imparzialità che contraddistingue l’attività magistratuale e che preclude a un magistrato di sostituirsi all’amministrazione, il che accadrebbe ove la Sezione rendesse un parere su un caso di specie.

Si porrebbero, diversamente, problemi di compatibilità della disposizione in commento con il principio di riserva d’amministrazione di cui all’art. 97 Cost oltre che con i caratteri di terzietà ed indipendenza garantiti alla Corte dei conti dall’art. 100 della Costituzione.

Occorre richiamare, poi, il principio di non interferenza, il cui ambito deve essere salvaguardato non solo in relazione alle altre funzioni di controllo e giurisdizionali esercitate dalla Corte, ma anche nei confronti di quelle esercitate da altri Organi. La disposizione in esame, infatti, ove mantenuta andrebbe a creare una evidente interferenza con la funzione consultiva attribuita *ex lege* ad altre Magistrature, quali il Consiglio di Stato, ad altre Istituzioni, quali l’Avvocatura dello Stato, ad Autorità indipendenti, quali l’ANAC, nonché con l’esercizio delle altre funzioni di controllo della Corte dei conti in caso di soluzioni, rese in sede consultiva, non conciliabili con successive pronunce specifiche rese nell’esercizio di altre competenze proprie. Peraltro, come già osservato (deliberazione n. 5/2021/CONS, cit.), la funzione consultiva, così come modificata, diventerebbe consulenziale, ponendosi anche in antitesi con le attività e le prerogative proprie dell’Avvocatura, sia quella di Stato, sia quella interna alla P.A., sia infine anche quella del libero foro.

Particolarmente evidente, poi, sarebbe l’interferenza con la funzione giudiziaria di responsabilità, circostanza di cui la proposta di legge all’esame sembra in qualche modo farsi carico laddove limita la funzione consultiva “*a fatti per i quali la competente procura contabile abbia notificato un invito a dedurre*”.

Questa previsione, infatti, sembra disvelare una certa consapevolezza in ordine alla esigenza di ricondurre le funzioni della Corte al loro precipuo fondamento, ma non è affatto sufficiente a garantire tale necessità.

In primo luogo, appare non di facile attuazione, in quanto la notifica di un invito a dedurre non è conoscibile da altro plesso della Corte dei conti che esercita funzioni di controllo e/o consultive, trattandosi di fase preprocessuale soggetta al regime della riservatezza degli atti.

Vi è poi da sottolineare che, il riferimento alla notifica di un invito a dedurre sembra escludere la possibilità, consolidata invece nell’attività consultiva già esercitata dalle Sezioni regionali, di dichiarare inammissibili i pareri in caso di sovrapposizione con le

funzioni giurisdizionali, per limitarla al caso limite normato, il che comprova un effettivo rischio di commistioni fra funzioni di controllo e giurisdizionali cui si è già fatto riferimento.

Va ancora segnalata la previsione di esclusione della “gravità della colpa per gli atti adottati in conformità ai pareri resi” che, in realtà potrebbe essere eliminata o, quanto meno sostituita con il richiamo espresso alle disposizioni di uguale tenore contenute nel codice di giustizia contabile che, quindi, troverebbero applicazione anche per i pareri resi in sede centrale (artt. 69, c.g.c.: “il pubblico ministero dispone altresì l’archiviazione per assenza di colpa grave ove valuti che l’azione amministrativa si sia conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi”; art. 95, ultimo comma, c.g.c.: “il giudice, ai fini della valutazione dell’effettiva sussistenza dell’elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, considera, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali, nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi”).

Le formulazioni del codice peraltro appaiono più conformi ai principi costituzionali in quanto, diversamente dalla disposizione in esame non prevedono un esonero totale, con esclusione in modo automatico della responsabilità.

Ma sotto quest’ultimo profilo, la previsione che appare più critica è quella che sancisce l’esimente in caso di mancata espressione del parere nel termine ridotto a 30 giorni.

In primis, potrebbe non risultare chiaro comprendere, in concreto, quando il parere debba intendersi “in senso conforme a quanto prospettato dall’amministrazione richiedente, ai fini dell’esclusione della gravità della colpa”; ancor meno sarebbe doverlo interpretare “in senso negativo qualora l’amministrazione richiedente non abbia prospettato alcuna soluzione”.

Ma soprattutto si pone la questione di una esclusione della responsabilità per colpa grave, per silenzio assenso, in assenza di un vaglio effettivo da parte della Magistratura contabile.

Detta disposizione, infatti, contraddice l’esigenza, palesata nella relazione illustrativa al disegno di legge, di intendere il ruolo della Corte quale ausilio dell’agere amministrativo in grado di produrre “un effetto tranquillizzante” circa il corretto svolgimento del medesimo. Tale circostanza, invero, non può ricollegarsi al mero decorso del termine.

Anche le previsioni proposte in tema di funzione consultiva, dunque, al pari di quelle esaminate in precedenza, appaiono destinate a privilegiarne la strumentalità rispetto all’acquisizione di un titolo di esonero dalla responsabilità erariale, piuttosto che quale presidio ai fini della garanzia della legalità finanziaria sostanziale nell’attuazione del PNRR e del PNC.

Nel complesso si è infatti in presenza di una disciplina che, concepita per soddisfare esigenze di semplificazione e accelerazione dei procedimenti allo scopo di assicurare l’impiego delle risorse e la realizzazione degli obiettivi, per come articolata si rivela, ancora una volta e sotto diversi profili, destinata a creare un ulteriore abbassamento del livello delle garanzie poste a tutela della legalità e del buon andamento dell’azione

amministrativa.

Infine, ulteriori profili di criticità sono legati al termine perentorio per l'emanazione del parere (30 giorni) e agli effetti per il caso di mancata espressione del medesimo nel termine stesso, sopra evidenziati; si osserva, peraltro, che disposizioni analoghe non sono previste, nell'ordinamento, per l'attività consultiva svolta dal Consiglio di Stato o dall'Avvocatura erariale.

Valgono in proposito le perplessità già espresse in ordine alla possibilità di far fronte a tali funzioni "ad invarianza di risorse", aspetto strettamente correlato agli effetti sopra descritti, la cui criticità si incrementerebbe laddove la Corte non fosse messa nelle condizioni di svolgere effettivamente le funzioni intestatele.

2.4. Misure sanzionatorie: aggravio della responsabilità dei pubblici dipendenti

Art. 3. (Disposizioni sanzionatorie per i responsabili dell'attuazione dei procedimenti connessi al PNRR-PNC)

1. Fatto salvo l'eventuale esercizio dell'azione di responsabilità ai sensi dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come modificato dall'articolo 1 della presente legge, al pubblico ufficiale responsabile dell'attuazione dei procedimenti connessi al PNRR-PNC, in relazione ai quali si verifici, per fatto allo stesso imputabile, un ritardo superiore al 10 per cento rispetto al tempo stabilito per la conclusione del procedimento, si applica, sulla base della gravità della colpa, una sanzione pecuniaria da euro 150 fino a due annualità del proprio trattamento economico complessivo annuo lordo. La sanzione è irrogata nelle forme e con le garanzie di cui alla parte II, titolo V, capo III, del codice di giustizia contabile, di cui al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174.

Con la norma in commento, si prevede una misura sanzionatoria pecuniaria finalizzata a sollecitare la conclusione dei procedimenti connessi all'attuazione del PNRR e del PNC.

Tale fattispecie andrebbe ad aggiungersi ad altre previsioni di tipo sanzionatorio già esistenti, stante anche il rinvio al procedimento di cui alla Parte II, Titolo V, Capo III, del codice della giustizia contabile (rito relativo a fattispecie di responsabilità sanzionatoria pecuniaria).

L'ambito soggettivo della norma sembra limitata ai soggetti rivestenti la qualifica di "pubblico ufficiale responsabile dell'attuazione dei procedimenti connessi al PNRR-PNC", con ciò ponendo rilevanti problemi interpretativi, connessi anche all'ambito della giurisdizione contabile che si estende a soggetti non qualificabili come "pubblici ufficiali".

Vanno inoltre ribadite le già prospettate criticità circa la scelta di aggiungere o ampliare la sfera della responsabilità sanzionatoria, a fronte di un generale allentamento di quella risarcitoria. Ciò con riflessi rilevanti anche sul fronte dell'aggravio della responsabilità dei pubblici funzionari e della piena tutela del diritto di difesa dei convenuti.

2.5. Rimborso delle spese legali effettivamente sostenute relative ai giudizi per responsabilità amministrativa da parte delle amministrazioni di appartenenza

Art. 4. (Modifiche al codice della giustizia contabile, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174)

All'articolo 31 del codice della giustizia contabile, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, è aggiunto, in fine, il seguente comma: « 6-bis Le spese legali effettivamente sostenute relative ai giudizi per responsabilità amministrativa, anche relative agli atti di invito a fornire deduzioni di cui all'articolo 67 del presente codice, promossi nei confronti degli amministratori dipendenti di amministrazioni pubbliche in conseguenza di atti e fatti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza sulla base dei parametri medi per la liquidazione dei compensi per la professione forense determinati dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia 10 marzo 2014, n. 55, nei limiti della spesa effettivamente sostenuta e documentata, fatta salva comunque l'eventuale maggiore misura liquidata con sentenza ai sensi del comma 2. Le amministrazioni interessate, sentita l'Avvocatura dello Stato o, per le altre amministrazioni, altro organo di consulenza legale interno o esterno all'ente, possono concedere anticipazioni del rimborso, fatta salva la ripetizione nel caso di sentenza definitiva che accerti la responsabilità».

La norma prevede che si possa agire per il rimborso delle spese legali effettivamente sostenute relative ai giudizi per responsabilità amministrativa (ivi comprese le spese relative agli atti di invito a fornire deduzioni di cui all'art. 67 del medesimo codice) nei confronti di amministratori dipendenti di amministrazioni pubbliche conclusi con l'esclusione della responsabilità.

È previsto altresì che il rimborso è a carico dell'amministrazione di appartenenza del dipendente ed è corrisposto sulla base dei parametri medi per la liquidazione dei compensi per la professione forense di cui al decreto del Ministro della giustizia 10 marzo 2014, n. 55, e nei limiti delle spese effettivamente sostenute e documentate (fatta comunque salva l'eventuale maggior misura determinata dal giudice ai sensi del comma 2).

Il secondo periodo prevede la facoltà, da parte delle amministrazioni interessate, sentita l'Avvocatura dello Stato "o, per le altre amministrazioni, altro organo di consulenza legale interno o esterno all'ente", di concedere anticipazioni del rimborso, fatta salva la ripetizione nel caso di sentenza definitiva che accerti la responsabilità.

Pur non rilevandosi elementi ostativi all'adozione di questa previsione, occorre fare delle precisazioni.

Per provvedimento che esclude la responsabilità deve intendersi "il decreto di archiviazione emesso a seguito di invito a dedurre" per evitare che possano essere chiesti rimborsi per spese sostenute in assenza di una formale contestazione e soltanto sulla base di avvio di attività istruttoria e del deposito in istruttoria di atti difensivi non previsti dalla procedura contabile.

Si ritiene inoltre di rilevare come possano derivare criticità, nell'applicazione di tale

norma, sotto il profilo della copertura finanziaria, sia con riferimento alla previsione dell'anticipazione del rimborso, sia con riferimento alla possibilità di rimborso anche per sentenze non passate in giudicato, essendo prevista l'eventuale ripetizione soltanto per i casi di anticipazione.

3. Conclusioni

Queste Sezioni riunite, condividendo le finalità di fondo della proposta di legge in esame, ossia incentivare il buon andamento e, quindi, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità dell'azione amministrativa, anche sotto il profilo della celerità, ritengono che le stesse possano essere conseguite in maniera, non solo più conforme ai principi e al ruolo demandato dalla Costituzione alla Magistratura contabile, ma anche più incisiva, attraverso gli elementi di seguito sintetizzati.

Si tratta di indicazioni già illustrate nel presente parere, alcune confermate del testo esaminato, altre emendative del medesimo, altre ancora del tutto innovative.

3.1. Osservazioni conclusive sulla responsabilità erariale

In tema di responsabilità erariale si propone quanto segue, seguendo le indicazioni della Corte costituzionale contenute nella sentenza n. 132 del 2024, ove in maniera chiara si conferma la necessità di mantenere, a regime, la responsabilità erariale per colpa grave, quale istituto che, per la sua funzione risarcitoria e l'effetto di deterrenza, contribuisce all'attuazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa.

In primo luogo, si suggerisce il mantenimento dell'attuale previsione che sancisce l'esclusione della responsabilità per colpa grave *«limitatamente ai profili presi in considerazione»*, nell'esercizio del controllo preventivo di legittimità.

Inoltre, l'estensione dell'esenzione della responsabilità a fatti che traggono origine da uno degli atti o documenti a tal fine sottoposti a controllo, andrebbe sostituita con un riferimento ai soli atti presupposti. La norma risultante dovrebbe essere la seguente *“In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, ovvero dagli atti presupposti, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo”*.

Nulla osta all'introduzione di ipotesi di esclusione della responsabilità per colpa grave per fattispecie specifiche, in linea con gli orientamenti della Corte costituzionale, come per il caso riferito, nella proposta di legge esaminata, agli accordi di mediazione, alle conciliazioni giudiziali e alle transazioni fiscali in materia tributaria, ferme le osservazioni avanzate nel parere, inclusa quella di monitorare l'effettivo rendimento degli istituti interessati.

Per tutte le ragioni ampiamente esposte appare poi pienamente valido il monito espresso dalla Corte costituzionale di dover vagliare con particolare attenzione l'introduzione di una disciplina volta a introdurre, in via generalizzata, un limite massimo alla responsabilità per colpa grave. In tal guisa, infatti, potrebbero annullarsi i presunti vantaggi che si assume deriverebbero in termini di efficienza

amministrativa, se non prodursi ulteriori effetti deteriori. In ogni caso, laddove si intendesse necessariamente prevedere un tetto, piuttosto che attraverso lo strumento del potere riduttivo da esercitarsi entro limiti edittali, andrebbe valutata la possibilità di introdurlo direttamente, avendo riguardo al valore economico-monetario del danno erariale risarcibile, ma soprattutto, rispetto a specifiche categorie che potrebbero essere oggetto di tipizzazione in relazione alla particolare esposizione al rischio.

Queste Sezioni riunite ritengono, in ogni caso, che si potrebbe addivenire allo scopo di garantire una maggiore efficienza dell'azione amministrativa, grazie al venir meno della c.d. "paura della firma", attraverso altri tipi di interventi normativi, senza dubbi di ragionevolezza, ma soprattutto tali da scongiurare a monte il rischio del determinarsi di effetti opposti rispetto a quelli voluti con le proposte all'esame.

In primo luogo, si potrebbe determinare normativamente il perimetro della colpa grave per soddisfare l'esigenza di rendere meno labile il confine tra colpa grave e colpa lieve e, dunque, eliminare il più possibile incertezze interpretative, uniformandosi al precedente di cui all'art. 2, comma 3, del codice dei contratti pubblici.

Potrebbe inoltre normarsi l'istituto del potere riduttivo, prevedendo criteri di esercizio e obblighi motivazionali anche in caso di mancata applicazione, ma non ancorando lo stesso a limiti edittali, per quanto ampiamente argomentato.

Nella medesima direzione potrebbe risultare utile incidere sulle regole del codice della giustizia contabile, e segnatamente sugli istituti deflattivi del contenzioso.

In particolare, potrebbe introdursi lo strumento della definizione alternativa a seguito di invito a dedurre, pur con il controllo del giudice, allo scopo di garantire al presunto responsabile di evitare la citazione in fase istruttoria, attraverso il pagamento di una somma particolarmente ridotta, garantendo allo stesso tempo un più immediato e certo incameramento di somme risarcitorie all'erario.

Infine, potrebbero inserirsi modifiche alla disciplina del "rito abbreviato", nella direzione di rendere l'accesso all'istituto più agevole, sia in primo grado che in grado di appello.

Dette disposizioni potrebbero sortire efficacemente gli obiettivi sperati, combinandosi a misure volte all'incentivazione delle polizze assicurative. Queste ultime, in ogni caso dovrebbero essere compatibili con le previsioni in tema di nullità, per illiceità della causa, del contratto di assicurazione stipulato da un ente pubblico a favore dei propri amministratori (cfr. l'art. 3, c. 59, della legge 244/2007), nonché con le previsioni normative in materia di contrattazione collettiva e prendendo comunque in considerazione tutti gli agenti pubblici.

Infine, salve le precisazioni già enunciate, nulla osta alla possibilità di disporre nella sentenza definitiva di condanna a carico del dirigente o del funzionario, in relazione alla gravità della colpa, un periodo di sospensione dalla gestione di risorse pubbliche.

3.2. Osservazioni conclusive in tema di controllo preventivo di legittimità

Le proposte in tema di responsabilità erariale potrebbero coordinarsi, come suggerito dalla Corte costituzionale, con un rafforzamento delle funzioni di controllo e in particolare del controllo preventivo di legittimità, attesi anche gli effetti derivanti dal

medesimo sul regime della responsabilità alle condizioni e nei limiti già precisati.

Lasciando invariate le norme sul procedimento e i termini del controllo, potrebbe ravvisarsi in primo luogo l'opportunità di ampliare il perimetro degli atti assoggettati a controllo preventivo, con esclusivo riguardo all'attività negoziale e con riferimento ai contratti correlati all'attuazione del PNRR e del PNC.

Al riguardo, il criterio della soglia di valore potrebbe tuttavia non essere il solo da tenere in considerazione, potendo venire in rilievo, per i profili di rischio alle stesse connessi e a prescindere dal loro valore, anche le procedure straordinarie, quelle derogatorie, ovvero quelle rispetto alle quali si siano riscontrate nel tempo maggiori anomalie.

Sotto altro profilo, potrebbe considerarsi di portare a controllo preventivo anche gli atti di esecuzione del contratto originario, nel caso quest'ultimo subisca in sede esecutiva delle variazioni oggettive e soggettive, estendendo il controllo della Corte dei conti anche alla fase di esecuzione del contratto (ad esempio esplicitando l'assoggettamento delle varianti in corso di esercizio).

Tutto ciò, ferma restando, la facoltà di avvalersi, a ordinamento vigente, degli strumenti stabiliti all'art. 3 comma 1, lett. l) e comma 3, della legge n. 20 del 1994.

Infine, laddove si ritenessero superabili i dubbi di costituzionalità manifestati con riguardo alla possibilità per le regioni, le province autonome e gli enti locali, nonché per ogni altro soggetto attuatore del PNRR e del PNC, di sottoporre al controllo preventivo di legittimità della Corte medesima gli affidamenti sopra soglia, oltre a un necessario potenziamento dell'organico, si dovrebbe in ogni caso restare nelle logiche proprie di questo tipo di controllo, da prevedersi, dunque, in maniera stabile e necessaria per categorie di atti individuate tassativamente dalla legge.

3.3. Osservazioni conclusive in tema di attività consultiva

L'intento di ampliare il ruolo di supporto della Corte di conti ad altri soggetti attraverso l'esercizio della funzione consultiva non può che essere concepita e svolta in coerenza con il ruolo proprio della Magistratura contabile. Occorre pertanto necessariamente tener conto di limiti e parametri che assicurino la conformità delle previsioni proposte alle basi costituzionali su cui lo stesso si fonda.

Quanto all'ambito oggettivo della funzione in parola, confermandosi quanto già previsto dall'articolato esaminato, lo stesso è da individuarsi, tanto in sede centrale, quanto in sede periferica, nelle *"materie di contabilità pubblica"*.

La funzione consultiva dovrà comunque riguardare esclusivamente la corretta interpretazione di principi e disposizioni normative, per quanto sottesi a richieste di pareri riguardanti anche fattispecie concrete.

Inoltre, sarebbe preferibile lasciare che sia la Corte dei conti stessa, nell'esercizio dei propri poteri di autoorganizzazione e in ragione delle specifiche funzioni esercitate dalle sue diverse articolazioni, a individuare le Sezioni competenti all'esercizio delle funzioni alla medesima intestate, inclusa quella consultiva.

Infine, sarebbe utile e sufficiente un richiamo espresso alle disposizioni contenute nel codice della giustizia contabile in tema di esclusione della colpa grave, così da renderli

applicabili al complesso dei pareri resi tanto in sede centrale quanto in sede territoriale (artt. 69 e art. 95, ultimo comma, c.g.c.).

3.4. Osservazioni conclusive su misure sanzionatorie e rimborso delle spese legali

Una previsione recante misure sanzionatorie pecuniarie per sollecitare la conclusione dei procedimenti connessi all'attuazione del PNRR e del PNC andrebbe ad aggiungersi ad altre previsioni di tipo sanzionatorio già esistenti, stante anche il rinvio al relativo procedimento contenuto nel codice della giustizia contabile (rito relativo a fattispecie di responsabilità sanzionatoria pecuniaria).

Inoltre, ferme le precisazioni già illustrate, non si sono rilevati elementi ostativi all'adozione di una norma che preveda che si possa agire per il rimborso delle spese legali effettivamente sostenute relative ai giudizi per responsabilità amministrativa nei confronti di amministratori dipendenti di amministrazioni pubbliche conclusi con l'esclusione della responsabilità.

3.5. Osservazioni conclusive su aspetti organizzativi e di copertura finanziaria

Infine, non può non osservarsi come una rimodulazione delle funzioni della Corte dei conti, accompagnata da una imprescindibile riorganizzazione, sia in termini di personale amministrativo che magistratuale, implichi una necessaria meditazione sulle risorse necessarie, nonché sui tempi idonei a consentire il perfezionamento dei processi di adeguamento funzionale e di riorganizzazione degli Uffici.

Sotto il primo profilo, valgono le perplessità già espresse in ordine alla possibilità di dare attuazione alle norme proposte *“ad invarianza di risorse”*.

Quanto agli aspetti organizzativi, si ribadisce come, in linea di massima, sia preferibile lasciare che sia la Corte dei conti stessa, nell'esercizio dei propri poteri di autoorganizzazione e in ragione delle specifiche funzioni esercitate dalle sue diverse articolazioni, a individuare le Sezioni competenti all'esercizio delle funzioni alla medesima intestate.

Nel rendere le specifiche osservazioni esposte con riferimento all'impianto e alle disposizioni della proposta di legge esaminata, osservazioni che hanno trovato sostanziale convergenza nella memoria depositata dalla Procura generale, ritengono queste Sezioni riunite di poter offrire un contributo più ampio laddove emerga l'ipotesi di un'eventuale più complessa riorganizzazione della Corte e delle attribuzioni alle sue diverse articolazioni, centrali e territoriali. Ciò dovrebbe, infatti, necessariamente postulare un percorso normativo, condiviso anche con il supporto di esperti esterni e coerente con l'impianto complessivo che disciplina il suo funzionamento, non potendo prescindere, in particolare, proprio dalle valutazioni della Magistratura contabile, espresse nelle sue proprie sedi istituzionali, in quanto soggetto in grado di valutarne al meglio l'impatto effettivo e la conformità rispetto al ruolo assegnatole dalla Costituzione. L'utile strumento potrebbe essere quello adottato

in occasione della redazione del codice della giustizia contabile, nonché da ultimo nel codice dei contratti pubblici, ove nel rispetto degli obiettivi, dei principi e dei criteri direttivi definiti dal Parlamento con legge delega, sono state recepite e hanno trovato sintesi le esigenze manifestate dalla stessa Corte dei conti.

I RELATORI
Anna Luisa CARRA
F.to digitalmente

IL PRESIDENTE
Guido CARLINO
F.to digitalmente

Giuseppe Maria MEZZAPESA
F.to digitalmente

Depositata in Segreteria in data 30 ottobre 2024.

IL DIRIGENTE
Antonio FRANCO
F.to digitalmente

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Puglia, 18 settembre 2024, n. 208](#)

Danno erariale – Ufficio tecnico – Costo di costruzione – Colpa grave – Obblighi di servizio – Normativa

L'omesso aggiornamento dei costi di costruzione è imputabile a colpa grave del Responsabile dell'Ufficio Tecnico di un Comune nella misura in cui risulta espressione di un'evidente e marcata trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta *ex ante* ravvisabili e riconoscibili per dovere di ufficio, in assenza di oggettive ed eccezionali difficoltà che non possono riscontrarsi nella complessità della normativa, che diversamente presenta un chiaro tenore letterale.

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale per il Molise, 2 ottobre 2024, n. 34](#)

Danno erariale – Attività incompatibile – Conflitto di interessi – Sanzioni – Onere probatorio – Autorizzazione – Comunicazione

Per i dipendenti degli enti locali con rapporto di lavoro a tempo parziale non superiore al 50% sussiste il divieto di svolgere altre attività lavorative in situazione di conflitto di interessi o in presenza di contemplati divieti, come l'esercizio della professione forense, e di altre incompatibilità previste dalla legge; tali attività, tuttavia, restano escluse dal meccanismo sanzionatorio previsto per gli incarichi svolti in assenza di autorizzazione, verificandosi un'inversione della regola dell'incompatibilità per cui non vi è un divieto generale di altro lavoro salvo autorizzazioni o eccezioni di legge, ma possibilità di altra attività lavorativa previa comunicazione e salvo diverso divieto.

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Puglia, 4 ottobre 2024, n. 192](#)

Danno erariale – Attualità del danno – Danno da mancata entrata – Costo di costruzione – Ente locale – Prescrizione – Inesigibilità del credito

Elemento costitutivo dell'illecito erariale è rappresentato dalla certezza ed attualità del danno, dovendosi, dunque, escludere la risarcibilità di danni astratti, futuri e, dunque, ipotetici. Pertanto, il danno erariale da mancata entrata derivante dall'omesso incasso dei costi di costruzione si concretizza al momento in cui viene a scadenza il termine decennale del diritto alla riscossione del contributo da parte dell'ente locale, ovvero, anche anteriormente, quando sia accertata l'inesigibilità del credito o l'impossibilità di riscossione.

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale per l'Emilia-Romagna, 16 ottobre 2024, n. 80](#)

Danno erariale – Immobili – Transazione – Discrezionalità – Irragionevolezza – Stima immobiliare – Rifunionalizzazione

Gli amministratori e i dirigenti comunali che stipulano una transazione che prevede un acquisto immobiliare effettuano una scelta discrezionale che può essere sindacata solo nei limiti in cui appaia irragionevole, altamente diseconomica o contraria ai fini istituzionali, circostanza che non ricorre allorquando il prezzo corrisposto per l'immobile rientra nell'alea di stima comunemente accettata nella misura del 10% e i costi di rifunionalizzazione risultano marginali rispetto al valore di acquisto dell'immobile.

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Basilicata, 23 ottobre 2024, n. 80](#)

Danno erariale – Comune – Responsabile finanziario – Posizione organizzativa – Cartellino – Rimborsi – Busta paga

Il Responsabile finanziario di un Comune che lavora a scavalco in altro ente, anche se titolare di posizione organizzativa, è sempre tenuto a dimostrare l'effettiva presenza in servizio e conseguentemente, ad attestare la regolarità della prestazione lavorativa effettuata in entrambi i Comuni mediante le timbrature del proprio cartellino, ovvero con immediate attestazioni equipollenti in caso di dimostrato e documentato disservizio dei macchinari, a fornire la documentazione per il rimborso delle spese e a ricevere i pagamenti solo a seguito di regolare busta paga.

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale per l'Abruzzo, 25 ottobre 2024, n. 124](#)

Danno erariale – Giunta Comunale – Mandato difensivo – Assicurazione – Spese legali – Condizioni contrattuali – Risarcimento

I componenti della Giunta Comunale che deliberano di affidare un incarico difensivo ad un avvocato esterno all'ente senza verificare e accertare l'eventuale sussistenza di una polizza assicurativa e delle relative condizioni, rispondono del danno erariale pari alle spese legali sostenute dal Comune, quando l'assicurazione sulla base delle condizioni contrattuali avrebbe potuto assumere a suo carico la gestione delle vertenze in sede giudiziale e stragiudiziale, designando propri avvocati, mentre non sussiste responsabilità per l'eventuale condanna risarcitoria a carico del Comune quando risulta che la chiamata in causa dell'assicurazione è avvenuta per scelta del difensore designato.

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Campania, 29 ottobre 2024, n. 529](#)

Danno erariale – Locazione – Occupazione abusiva – Indennità di occupazione – Prescrizione – Dirigenti – Notifica – Risarcimento danni

I Dirigenti comunali dei settori competenti alla gestione del patrimonio immobiliare rispondono del danno erariale causato dalla prescrizione della pretesa creditoria del Comune per lesione del diritto al godimento di un immobile che l'ente conduceva in locazione, ma era stato occupato abusivamente da terzi, quando ben consapevoli che le notifiche relative all'ingiunzione di pagamento delle indennità di occupazione non erano andate a buon fine, perché il destinatario era sconosciuto, non si sono attivati disponendo i necessari sopralluoghi ad opera della competente Unità operativa territoriale della Polizia locale al fine di individuare gli effettivi occupanti.

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale per l'Umbria, 29 novembre 2024, n. 53](#)

Danno erariale – Urbanistica – Lottizzazione – Piano attuativo – PRG – Convenzione – Permesso di costruire – Risarcimento

I Responsabili dell'Area Assetto del Territorio-Urbanistica e dell'Area Lavori Pubblici di un Comune, che consentono l'approvazione di un piano attuativo di lottizzazione senza segnalare l'incompatibilità dello stesso con il PRG e che, sollecitati formalmente più volte dalla parte privata firmataria della Convenzione, non si adoperano per porre in essere le azioni necessarie per consentire alla stessa di realizzare le opere a suo carico, necessarie per procedere alle richieste di Permesso di costruire, rispondono del danno erariale derivante dalla condanna risarcitoria a carico del Comune.

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale per il Veneto, 5 dicembre 2024, n. 234](#)

Danno erariale – Società *in house* – Amministratori – Rifiuti – Tariffe – Rimodulazione – Costi operativi – Capitale investito

Gli amministratori di una società *in house*, creata per la gestione di un impianto di ter-

movalorizzazione interamente partecipata da enti locali, che deliberano una rideterminazione in diminuzione delle tariffe di conferimento in violazione della normativa in materia non devono rispondere di alcun danno erariale allorquando non si è reso necessario nessun intervento economico dei soci pubblici a soccorso della società in quanto la nuova tariffa non si è rivelata essere insufficiente a coprire i costi operativi o a remunerare il capitale investito dai Comuni soci.

[Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Lombardia, 6 dicembre 2024, n. 190](#)

Comune – Sindaco – Danno erariale – Danno all’immagine – Reati – Occasionalità necessaria

Il sindaco che pone in essere un’attività illecita penalmente rilevante, anche se indirizzata a far ottenere un beneficio economico al proprio Comune, risponde del danno erariale derivante dal pagamento dovuto dall’ente a seguito di condanna risarcitoria e del danno all’immagine ad esso arrecato solo se i reati accertati possono essere messi in relazione con il servizio svolto in qualità di Sindaco del Comune almeno in termini di occasionalità necessaria.

[Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 3 ottobre 2024, n. 18/SEZAUT/2024/QMIG](#)

Personale – Parere – Funzione consultiva – Limiti alla spesa di personale ai sensi dell’art. 23, comma 2, del D.Lgs. n. 75 del 2017 – Fondo risorse decentrate e compensi per dipendenti comunali, non avvocati, che assistono l’Ente nei processi tributari.

La Sezione delle Autonomie, con riferimento all’assoggettabilità dei compensi spettanti ai dipendenti comunali, non avvocati, che assistono l’Ente nei processi tributari ai limiti di finanza pubblica di cui all’art. 23, comma 2, del D.Lgs. n. 75/2017, ha affermato il seguente principio di diritto: *“gli importi necessari alla liquidazione dei compensi ai dirigenti o dipendenti che abbiano assistito l’ente locale nel processo tributario, derivanti da condanna della controparte alle spese di giudizio, non sono assoggettati ai limiti di cui all’art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017 in quanto si tratta di risorse etero-finanziate, previamente acquisite e ritualmente riscosse. Tali risorse devono essere gestite, sulla base di una specifica norma regolamentare interna, intesa a disciplinare, nell’ambito delle indicazioni dei rispettivi contratti collettivi nazionali di lavoro, le modalità applicative dell’incentivo”*.

Ciò in conformità a quanto statuito dalla deliberazione della Sezione delle autonomie n. 5/SEZAUT/2019/QMIG secondo cui, al fine di superare i limiti di cui all’art. 23, comma 2, del D.Lgs. n. 75/2017, devono però verificarsi entrambe le condizioni: che si tratti di risorse etero-finanziate e che siano utilizzate per premiare la maggiore produttività di specifiche unità di personale incaricate di svolgere servizi suppletivi. Nel caso in esame, si tratta di incentivi ad personam etero finanziati, attraverso risorse aggiuntive per il bilancio dell’ente, da destinare specificamente a remunerare il dirigente o il dipendente che ha assistito l’ente locale in giudizio, solo a seguito di riscossione delle spese di lite liquidate in sentenza e dopo il passaggio in giudicato della stessa, secondo le modalità dettate in apposito regolamento interno che dovrà, altresì, prevedere sistemi per assicurare la neutralità finanziaria, tenendo indenne l’ente locale dal peso dei costi connessi.

Deve sempre sussistere una stretta correlazione tra le risorse recuperate a titolo di spese di giudizio liquidate in sentenza e il dirigente o funzionario che ha assistito l’ente nel medesimo contenzioso, osservando tutti gli altri limiti imposti dalla legge o dalla contrattazione collettiva nazionale vigente.

[Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 9 ottobre 2024, n. 17/SEZAUT/2024/QMIG](#)

Personale – Parere – Funzione consultiva – Limiti alla spesa di personale ai sensi dell'art. 23, comma 2, del D.Lgs. n. 75 del 2017 – Fondo risorse decentrate e welfare integrativo.

La Sezione delle Autonomie, con riferimento all'assoggettabilità delle risorse del Fondo utilizzate per finanziare il cd. welfare integrativo ai limiti di finanza pubblica di cui all'art. 23, comma 2, del D.Lgs. n. 75/2017, ha affermato il seguente principio di diritto: *“le risorse destinate alla contrattazione decentrata finalizzate a misure di welfare integrativo di cui all'art. 82 del CCNL, stante la loro natura assistenziale e previdenziale, non sono da assoggettarsi al limite di cui all'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017 ma sono soggette, esclusivamente, alla disciplina e ai limiti specifici, anche finanziari, previsti dall' art. 82 del contratto nazionale di lavoro Funzioni Locali”*.

[Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, 31 ottobre 2024, n. 108/2024/PAR](#)

Personale – Parere – Funzione consultiva – Polizze assicurative obbligatorie ai sensi dell'art. 45, comma 5, del D.Lgs. n. 36/2023 a beneficio dei dipendenti che svolgono le attività di cui all'allegato I.10.

La Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, con riferimento alle polizze assicurative che l'Ente deve obbligatoriamente stipulare, in funzione incentivante e nei limiti dell'art. 45, c. 5, del D.Lgs. n. 36/2023, a beneficio dei dipendenti che svolgono le funzioni di cui all'allegato I.10 del citato decreto legislativo, ha affermato il seguente principio di diritto: *“sussiste, ai sensi dell'art. 45, c. 2, 5 e 7 lett. c), del D. Lgs. n. 36/2023, l'obbligo per l'ente di stipulare polizze assicurative, in funzione incentivante e nei limiti di cui al citato c. 5, a beneficio dei dipendenti che svolgano le funzioni di cui all'allegato I.10 del citato decreto legislativo, per le ipotesi di responsabilità professionale”*.

Ne consegue che, ferma restando, da un lato, la responsabilità erariale dei dipendenti stessi nei riguardi dei danni prodotti all'ente nello svolgimento della propria attività e rimanendo impregiudicate, dall'altro, le polizze assicurative che l'ente stipuli per essere affrancato da azioni risarcitorie che soggetti terzi promuovano, in via diretta o in solido, nei confronti dell'ente stesso per il danno patito dall'azione dei dipendenti e/o collaboratori di quest'ultimo; residua, ai sensi dell'art. 45, c. 2, 5 e 7 lett. c), del D. Lgs. n. 36/2023, l'obbligo per l'ente di stipulare polizze assicurative, in funzione incentivante e nei limiti sopracitati, a beneficio dei dipendenti che svolgano le funzioni di cui all'allegato I.10 del citato decreto legislativo, per le ipotesi di responsabilità professionale.

[Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 11 novembre 2024, n. 19/SE-ZAUT/2024/QMIG](#)

Personale – Parere – Funzione consultiva – Capacità assunzionale - Limiti ex art. 5 del D.M. 17 marzo 2020 ed escludibilità degli aumenti di spesa derivanti da sopravvenute disposizioni normative relative all'indennità di vacanza contrattuale.

La Sezione delle Autonomie, con riferimento all'escludibilità degli aumenti di spesa derivanti da sopravvenute disposizioni normative relative all'indennità di vacanza contrattuale, ai fini della determinazione della percentuale incrementale di cui all'art. 5 del D.M. 17 marzo 2020, ha affermato il seguente principio di diritto: *“Per gli enti che*

rispettano il valore soglia di cui all'art. 4 del D.M. del 17 marzo 2020, nella determinazione della percentuale incrementale di cui all'art. 5 non possono essere esclusi gli aumenti di spesa derivanti da sopravvenute disposizioni normative relative all'indennità di vacanza contrattuale, erogata al personale dipendente. Per gli enti che, pur non superando il valore soglia previsto dall'art. 4, non realizzano le condizioni del successivo art. 5 per dar luogo alle assunzioni nel 2024, resta comunque salva la facoltà assunzionale prevista dall'art. 3, comma 5, del d.l. n. 90/2014 da esercitare nel limite di un contingente di personale complessivamente corrispondente ad una spesa pari al 100% di quella relativa al personale cessato nell'anno precedente”.

[Corte dei conti, Sezione delle Autonomie, 11 novembre 2024, n. 20/SE-ZAUT/2024/QMIG](#)

Personale – Parere – Funzione consultiva – Contratto integrativo decentrato sottoscritto successivamente all'esercizio di riferimento - Limiti all'utilizzo dell'avanzo vincolato.

La Sezione delle Autonomie, con riferimento agli effetti contabili derivanti dalla sottoscrizione del contratto integrativo decentrato nell'esercizio successivo a quello di riferimento, ha affermato il seguente principio di diritto: *“Nell'ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto decentrato integrativo o del sostitutivo atto unilaterale entro l'esercizio, tutte le risorse non utilizzate del fondo costituito e certificato, destinate al finanziamento del fondo per le politiche di sviluppo delle risorse umane e per la produttività, confluiscono nella quota vincolata del risultato di amministrazione. Per l'erogazione dei compensi dovuti in esito alla contrattazione stipulata oltre la fine dell'esercizio, l'impegno sarà assunto, anche in corso di esercizio provvisorio, ai sensi dell'articolo 187, comma 3, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, a valere sulle risorse vincolate nel risultato di amministrazione”.*

[Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Regione Siciliana, Indagine Referto “Finanza Locale Siciliana 2024”, 10 dicembre 2024, n. 319/2024/GEST](#)

Regione Siciliana – Finanza locale siciliana – Indagine referto

La Sezione regionale di controllo per la Regione Siciliana della Corte dei conti produce una rilevante indagine sulla “Finanza locale siciliana”. Dopo un'ampia disamina dei fattori (strutturali) della crisi finanziaria degli enti locali, il referto contiene una serie di proposte di soluzione per accrescere la capacità amministrativa degli enti. *“In quest'ottica, sarebbe utile e opportuno un più penetrante intervento regionale, anche ex ante, che possa contribuire a prevenire e affrontare tempestivamente le situazioni di crisi finanziaria degli enti locali. Non ci si riferisce solo agli interventi sostitutivi, ma anche a un sistema di interventi regionali ad adiuvandum, per accrescere la capacità amministrativa di enti che si trovino in situazioni di crisi finanziaria e gestionale, che non riescono ad affrontare autonomamente (anche a causa dell'assenza della figura del responsabile del servizio finanziario). Si potrebbe trarre spunto dalla figura dell'esperto, prevista nell'ambito del codice della crisi d'impresa, quale organo deputato a coadiuvare il debitore nella individuazione delle misure idonee al superamento della crisi, magari valorizzando anche gli iscritti all'albo dei revisori legali, con un ruolo centrale attribuito alla Corte dei conti, che già lo svolge, valutando, come si è visto, l'idoneità delle misure correttive imposte dalla legge e dalla stessa Sezione. D'altronde, il sistema vigente prevede l'intervento di un organo esterno all'ente locale di nomina statale, lo.s.l., a seguito della dichiarazione di dissesto, organo definito dal legislatore (art. 245 del Tuel) 'soggetto*

della procedura di risanamento', seppure insieme agli organi istituzionali dell'ente; tuttavia, la disposizione richiamata prevede l'intervento di un organo esterno solo al fine di provvedere 'al ripiano dell'indebitamento pregresso con i mezzi consentiti dalla legge', in un'ottica di tutela dei creditori, mentre lascia agli organi interni il compito di assicurare 'condizioni stabili di equilibrio della gestione finanziaria rimuovendo le cause strutturali che hanno determinato il dissesto'.

Tale intervento esterno potrebbe infatti intervenire, eventualmente anche su richiesta dell'ente locale in situazione di crisi finanziaria, prima che tale stato si evolva in stabile insolvenza (e in dissesto), ponendo al centro del sistema il risanamento dell'ente, il cui stato di salute finanziaria è essenziale per garantire i diritti e rendere effettiva la resa dei servizi".

Il referto esprime, infine, l'auspicio che la disciplina del dissesto finanziario, ma anche della procedura di riequilibrio finanziario pluriennale, nel breve termine, vada incontro ad un rinnovamento, che consenta di superare le criticità che l'esperienza siciliana ha messo in luce.

[Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Toscana, 13 dicembre 2024, n. 275/2024/PASP](#)

Società partecipate - Parere – Controllo ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – Scissione parziale e costituzione di una nuova società.

La Sezione regionale di controllo per la Toscana, con riferimento alla scissione parziale di ramo d'azienda di una società multiservizi e costituzione di una NewCo per la gestione dei rifiuti urbani, ha affermato il seguente principio di diritto: *“la dimostrazione dell'indispensabilità della costituzione societaria riveste un ruolo centrale nel quadro dei profili di motivazione che l'atto deliberativo deve autonomamente assicurare”*.

[Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, 13 dicembre 2024, n. 249/2024/PASP](#)

Società partecipate - Parere – Controllo ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 – Acquisizione di una partecipazione in una Comunità energetica rinnovabile.

La Sezione regionale di controllo per la Lombardia, con riferimento alla scelta di taluni comuni di costituire comunità energetiche rinnovabili in forma societaria, ha affermato il seguente principio di diritto: *“l'esito delle valutazioni dell'ente pubblico in ordine alla stretta necessità dell'attività svolta dalla partecipata rispetto al conseguimento della finalità perseguita dall'istituzione deve puntualmente confluire nella motivazione analitica richiesta dall'art. 5, comma 1, T.U.S.P.”*.

Al riguardo, la giurisprudenza contabile ha in più occasioni affermato che, in linea generale, l'elemento della *“necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali”* contenuto nel paradigma dell'art. 5, coincide con l'infungibilità dello specifico strumento di tipo societario rispetto ad altre differenti forme organizzative (Sez. reg. contr. Lombardia, delibera n. 202/2024/PASP).

Anche la Corte costituzionale ha chiarito che gli interventi del legislatore in materia di società partecipate da pubbliche amministrazioni, e da ultimo il d.lgs. n. 175 del 2016, mirano *“a contrastare l'aumento ingiustificato del ricorso alle partecipazioni pubbliche, con inefficienze gestionali gravanti, in ultima analisi, sui bilanci degli enti partecipanti”* (Corte cost., sentenza n. 86/2022).

[Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, 16 dicembre 2024, n. 137/2024/PAR](#)

Personale – Parere – Funzione consultiva – Incentivi derivanti da recupero entrate tributarie IMU/TARI ex-art. 1, c. 1091, L. 145/2018.

La Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, con riferimento alla possibilità di erogare incentivi derivanti da recupero entrate tributarie IMU/TARI ex-art. 1, c. 1091, L. 145/2018 anche a dipendenti non assegnati al Servizio Tributi - servizio preposto ad accertare il tributo IMU/TARI – e per attività diverse dal recupero IMU/TARI, e pertanto anche a dipendenti assegnati ad altri Servizi che non sono in alcun modo coinvolti nelle attività di recupero IMU/TARI, a fronte di obiettivi diversi, ha affermato il seguente principio di diritto: *“gli incentivi di cui trattasi potranno essere riconosciuti soltanto al personale impiegato nel raggiungimento degli obiettivi del settore entrate, anche con riferimento alle attività connesse alla partecipazione del Comune all'accertamento dei tributi erariali e dei contributi sociali non corrisposti, previa adozione dell'apposito regolamento previsto dall'art. 1, c. 1091, della L. n. 145/2018 e non al personale impiegato nel raggiungimento di obiettivi diversi rispetto a quelli previsti dalla norma in esame”*.

[Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per le Marche, 17 dicembre 2024, n. 161/2024/PAR](#)

Personale – Parere – Funzione consultiva – Concessione diretta ad un ente del Terzo settore di un'area pubblica a fronte di congruo canone – Realizzazione e gestione di impianti a fonte rinnovabile.

La Sezione regionale di controllo per le Marche, con riferimento alla possibilità di disporre da parte di un comune la concessione diretta ad una Comunità di Energia Rinnovabile (associazione non riconosciuta del Terzo Settore) partecipata dallo stesso, di uno spazio pubblico per la realizzazione e gestione da parte della medesima Comunità di un impianto a fonte rinnovabile, prevedendo anche il pagamento da parte della Comunità di un canone stimato congruo, ha affermato il seguente principio di diritto: *“è possibile disporre liberamente dei beni patrimoniali disponibili, nei limiti delle buone regole di organizzazione amministrativa e dei principi di trasparenza contrattuale. Al riguardo, l'Amministrazione è libera di attribuire il bene anche al di fuori dell'istituto della locazione, nell'ipotesi in cui la concessione risulti più funzionale alla realizzazione di obiettivi pubblici, come nel caso di un'assegnazione in godimento di beni al gestore di un'opera o di un servizio, destinati alla collettività. In tale ultima ipotesi, al fine di stabilire la corretta procedura e normativa applicabile, occorrerà, di volta in volta, stabilire se la concessione abbia ad oggetto il bene, oppure il servizio”*.

[Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, 17 dicembre 2024, n. 251/2024/PAR](#)

Personale – Parere – Funzione consultiva – Concessione gratuita ad associazione sportiva dell'uso e della gestione degli impianti sportivi comunali

La Sezione regionale di controllo per la Lombardia, con riferimento alla possibilità di concedere direttamente e senza alcun corrispettivo alla locale associazione sportiva l'uso e la gestione dell'impianto sportivo di proprietà comunale, inclusi gli arredi, strumenti, attrezzi e strutture accessorie, ha affermato il seguente principio di diritto: *“va evidenziato che la mancata o inadeguata capacità dell'Ente locale, in merito allo*

sfruttamento dell'impianto sportivo, non può costituire ex se l'unico presupposto idoneo per affidare in concessione/comodato la struttura stessa. In tal caso, infatti, il Comune ben potrebbe procedere direttamente alla vendita dell'impianto, anche alla luce del principio di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa nonché in attuazione del canone di adeguatezza delle funzioni (cfr. artt. 97 e 118, primo comma Cost.). In secondo luogo, in tema di erogazione di sovvenzioni occorre sempre tenere a mente che "incombe sull'Amministrazione, che intenda dare una contribuzione ad un privato nei casi consentiti dalla legge, uno specifico onere motivazionale, a comprova della legittimità dell'intervento, da cui emerga adeguatamente l'iter logico posto alla base dell'erogazione a sostegno dell'attività svolta dal destinatario del contributo. Al riguardo la motivazione riveste un ruolo essenziale, dovendo risultare particolarmente pregnante nell'indicare con estrema puntualità le basi di fatto e le ragioni giuridico-contabili che hanno determinato impegni di spesa congrui e determinati in grado di garantire il mantenimento nel tempo degli equilibri economico-finanziari del bilancio e della gestione. Di particolare rilievo risulterà poi l'allegazione e la prova dei presupposti necessari per il raggiungimento delle finalità pubbliche che l'Amministrazione intende perseguire con il rilascio delle contribuzioni, nonché la verifica di corrispondenza fra valore degli interventi programmati ed effettiva utilità conseguita dalla comunità locale in termini di fruizione dei servizi ricevuti" (cfr. del. Sez. controllo Piemonte n. 40/2023/PAR cit. e i precedenti ivi menzionati). In terzo luogo, comunque, la giurisprudenza ha posto in luce l'opportunità di "redigere il relativo verbale di consistenza" dell'impianto sportivo prima di provvedere all'affidamento, "al fine di accertare l'effettiva consistenza dei beni, anche allo scopo della corretta determinazione del canone dovuto" eventualmente (cfr. Sez. controllo Veneto, del. n. 716/2012/PAR cit.)."

Codice Etico

della Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni

Doveri dell'editore

La pubblicazione degli esiti di una rivista scientifica è un processo complesso e delicato, che richiede autonomia, rigore e serietà a tutti i soggetti coinvolti, a partire dall'editore. A tale scopo, Comunicare – ANCI Comunicazione ed Eventi – srl società unipersonale, nella sua qualità di editore della “Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni”, è impegnata nel rispettare e far rispettare le più aggiornate prassi internazionali, nonché i principi del *COPE's Code of Conduct and Best Practice for Journal Editors* (a seguire, anche solo le “Linee Guida COPE”) e i criteri di cui al Regolamento ANVUR per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, e nell'ammettere alla pubblicazione esclusivamente contributi originali, redatti secondo alti *standard* scientifici ed editoriali, rispettosi della proprietà intellettuale e del diritto d'autore e non sottoposti contemporaneamente a valutazione presso altre riviste. L'editore sostiene, inoltre, l'indipendenza della ricerca, condanna il plagio e disapprova la violazione del *copyright*. Lo stesso, infine, si impegna a collaborare con gli organi della Rivista al fine della ricerca di ogni utile soluzione alle questioni, anche di carattere organizzativo, dagli stessi sollevate.

Doveri degli organi della Rivista

Il Direttore Responsabile, il Direttore Scientifico e gli altri organi della Rivista sono tenuti ad agire in piena autonomia e indipendenza e a rispettare le norme di legge in materia di stampa, quanto indicato nelle Linee Guida COPE, nonché nel citato Regolamento ANVUR, oltre che nel Regolamento di funzionamento della Rivista. Gli stessi, nelle proprie attività, e per quanto di rispettiva competenza, mantengono la massima riservatezza sui contributi ricevuti ed esaminati, impegnandosi a non farne in alcun modo uso personale nelle proprie attività di ricerca, ed evitano e denunciano ogni conflitto d'interessi. L'attività di valutazione dei contributi, inoltre, sia pure nel perseguimento della linea editoriale e degli obiettivi culturali della Rivista, deve svolgersi in base al solo contenuto scientifico degli stessi, senza alcuna distinzione di sesso, razza, orientamento sessuale, credo religioso, origine etnica, cittadinanza, nonché di orientamento scientifico, accademico o politico dell'Autore. Allo stesso modo, la scelta dei *referee* per la procedura di *peer-review* deve avvenire in assenza di conflitti di interessi e al solo fine di una valutazione obiettiva, rigorosa ed equilibrata dei contributi.

Doveri dei referee

I *referee* selezionati devono attenersi alle Linee Guida COPE e a criteri di autonomia e indipendenza, evitando conflitti d'interessi e garantendo, oltre che il richiedo anonimato, un impegno obiettivo, rigoroso e serio, nel rispettare dei seguenti requisiti etici: contributo alla decisione della Direzione Scientifica, rispetto dei tempi assegnati per la revisione, riservatezza. In particolare, i contributi ricevuti devono essere trattati come documenti riservati, e non possono essere mostrati o discussi con chiunque non sia stato previamente autorizzato dalla Direzione Scientifica. Il *referee* che non si senta qualificato all'attività di revisione del contributo assegnato o chesi trovi in conflitto di interessi o che non possa rispettare i tempi

previsti deve comunicare la propria rinuncia. Il *referee* si impegna a riportare gli esiti dell'attività di referaggio in una scheda anonima digitale, con un giudizio finale in ordine alla pubblicabilità del contributo.

Doveri degli Autori

Gli Autori devono attenersi alle Linee Guida COPE e devono garantire l'autenticità e l'originalità dei propri contributi, il rispetto delle norme in materia di diritto d'autore e proprietà intellettuale, nonché dei criteri redazionali della Rivista; la corretta ed esaustiva indicazione delle fonti impiegate; la veridicità delle fonti e dei dati citati; l'assenza di conflitti d'interessi e la disponibilità a correggere gli errori nei contributi, nonché a considerare le proposte di adeguamento alle valutazioni dei *referee*; l'indicazione come co-autore di coloro che abbiano contribuito in maniera sostanziale alla formazione del contributo, che ne hanno approvato la stesura definitiva dello stesso o espresso l'accordo sulla pubblicazione.

Istruzioni per gli Autori

STRUTTURA TESTO

PARAGRAFI

Il testo deve essere suddiviso in paragrafi, numerati progressivamente con cifre arabe puntate (1., 2., 3. Ecc.) ed eventualmente in sotto paragrafi con propria numerazione (1.1, 1.2, 1.3, ecc.), non superando il doppio livello di partizione. Nel testo, occorre riportare i titoli dei paragrafi; i sotto paragrafi non vanno titolati.

SOMMARIO

Il testo deve essere preceduto da un SOMMARIO che deve riprodurre esattamente numeri e titoli dei paragrafi ed eventuali sotto paragrafi.

CARATTERE E CORPO

I contenuti devono essere impostati con diversi criteri di carattere/font e grandezze di carattere, come descritti di seguito.

TITOLO: carattere/font Times New Roman Bold, corpo 12, interlinea 1.

SOMMARIO: carattere/font Times New Roman Bold, Maiuscoletto, corpo 12, interlinea 1.

TITOLO DI PARAGRAFO SOMMARIO: carattere/font Times New Roman Normale, corpo 12, interlinea 1

NUMERI DI PARAGRAFO SOMMARIO: Times New Roman Bold.

TITOLETTO DI PARAGRAFO: carattere/font Times New Roman Bold, corpo 12, interlinea 1,5

PARAGRAFO DI TESTO: carattere/font Times New Roman Normale, Bold e Corsivo, corpo 12, interlinea 1,5.

NOTE A PIÈ DI PAGINA: carattere/font Time New Roman Normale, Bold e Corsivo, corpo 10, interlinea 1, con riduzione di corpo delle note a fondo pagina.

ABSTRACT: carattere/font Times New Roman Bold Maiuscoletto, corpo 12, interlinea 1,5.

CITAZIONI

Per le citazioni, nel testo e in nota, vanno osservati i seguenti criteri:

- Per la *legislazione*: la prima volta va indicato il provvedimento per esteso, con data e numero (es: legge 7 agosto 1990, n. 241). In seguito, lo stesso provvedimento va indicato in forma abbreviata (l. n. 241/1990). Per la citazione di articoli e commi, occorre indicare prima l'articolo, poi il comma (art. 1, c. 1, della l. n. 241/1990).
- Per la *giurisprudenza*: la prima volta le decisioni devono essere segnalate con l'indicazione per esteso dell'organo giudicante, della data e del numero (es: Consiglio di Stato, sez. IV, 8 gennaio 1995, n.1). In seguito, la stessa decisione va indicata in forma abbreviata (Cons. St., IV, n. 1, 1995).

- Per la *dottrina*, occorre inserire: iniziale del nome (MAIUSCOLO); cognome per esteso (MAIUSCOLETTA), titolo (*corsivo*); luogo di edizione; editore; anno di pubblicazione; numero di pagina (non preceduto da p.).
(es: M. ROSSI, *Lineamenti di diritto comunitario*, Napoli, G. Giappichelli Editore, 1980, 327)
Per le edizioni successive alla prima, indicare l'edizione citata con cifra araba scritta come apice del titolo.
(es: M. ROSSI, *Lineamenti di diritto comunitario*¹⁹⁸⁵, Napoli, G. Giappichelli Editore, 1980, 327)

Gli scritti contenuti in opere collettive, dizionari, enciclopedie, ecc., vanno citati con l'indicazione, oltre che dell'autore e del titolo, dell'opera di cui fanno parte (titolo completo, luogo edizione, editore, anno di pubblicazione).

Gli scritti contenuti in riviste, vanno citati con l'indicazione, oltre che dell'autore e del titolo, della rivista, dell'anno di pubblicazione, della parte e della pagina.

Citando la stessa opera per la seconda volta, occorre indicare l'autore e le prime parole del titolo seguito da "cit." (es: M. ROSSI, *Lineamenti*, cit.).

- Per le *abbreviazioni*, seguire i criteri dell'Enciclopedia giuridica Treccani (allegati);
- I nomi di *enti, associazioni, organizzazioni*, ecc.: la prima volta, devono essere indicati per esteso con la sola iniziale maiuscola, seguita dalla sigla tra parentesi, in maiuscolo. Es. Organizzazione delle nazioni unite (ONU). Le volte successive, va riportata solo la sigla.
- I *numeri* vanno citati per esteso, a lettere (anni Novanta, sette per cento, ecc.)
- L'uso delle *maiuscole* va limitato ai nomi propri o di enti (es Ministero dell'istruzione).

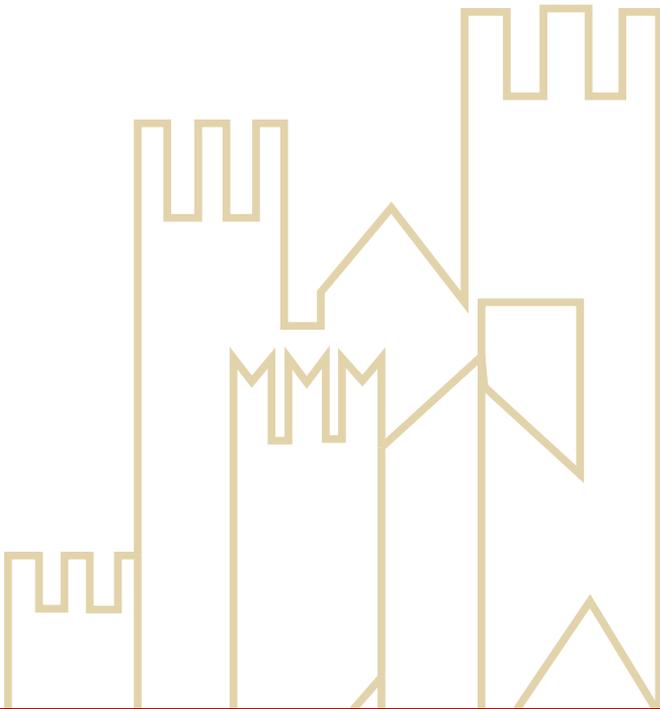
NOTE

Vanno inserite a piè di pagina e non nel testo.

Modalità di invio del contributo

Abstract: il contributo va inviato alla Rivista accompagnato da un *abstract*, in lingua italiana e inglese, di lunghezza non superiore alle 200 parole e non più di 1500 caratteri complessivi (spazi inclusi).

Profilo biografico dell'autore: unitamente al contributo, gli autori devono inviare un breve profilo biografico (qualifica, attività di studio più recente, ecc.), di lunghezza non superiore alle 70 parole e non più di 500 caratteri (spazi inclusi).



ISSN 2974-9115

ISBN: 978-8-89628-009-6



9 788896 280096