

**IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E LA
SEMPLIFICAZIONE**

REPORT ANNUALE- 2013 - ITALIA

(Febbraio 2013)

Maria Alessandra SANDULLI

INDICE

1. L'ESIGENZA DI SEMPLIFICAZIONE

2. GLI ISTITUTI DELLA SEMPLIFICAZIONE PROCEDIMENTALE

2.1 I termini procedurali

2.2 Il silenzio-facoltativo ed il silenzio-devolutivo

2.3 La conferenza di servizi

2.4 Gli accordi

2.5 L'autocertificazione

2.6 Il silenzio-assenso

2.7 La SCIA

3. ALTRI INTERVENTI DI SEMPLIFICAZIONE

3.1 L'uso della telematica

3.2 Lo sportello unico

1. L'ESIGENZA DI SEMPLIFICAZIONE

L'esigenza di semplificazione accompagna da tempo l'agire dell'amministrazione, che nell'esperienza delle numerose funzioni pubbliche esercitate e dei servizi pubblici erogati ha registrato un eccessivo impiego di tempo e di risorse che ha sovente finito per pregiudicare gli stessi interessi alla cui cura è rivolto l'apparato pubblico¹.

A questa caratteristica disfunzione del sistema – talvolta connaturata alle dimensioni che ha assunto l'amministrazione pubblica in proporzione al moltiplicarsi degli interessi chiamata a soddisfare² – l'ordinamento ha giustapposto da un lato una serie di principi cui devono essere informate l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione diretti a rafforzare il parametro dell'efficienza dell'azione amministrativa in modo che essa non diventi diseconomica ed inefficace, e dall'altro, in applicazione di tali principi, una serie di strumenti specificamente deputati al contenimento dei tempi del procedimento amministrativo e a facilitare la realizzazione degli interessi dei privati³.

¹ “Come ha ricordato di recente Yves Meny, già Tocqueville mise in evidenza, nella magistrale descrizione dello Stato francese alla vigilia della Rivoluzione del 1789, la complessità del sistema amministrativo e delle procedure all'epoca adottate”, M. CLARICH, *Gli strumenti di semplificazione della burocrazia: deregolamentazione, decentramento, sportello unico, nuove forme di organizzazione amministrativa e nuovi modelli procedurali*, www.giustamm.it. Sullo “stato dell'arte” della semplificazione in Italia l'indagine condotta da Formez PA, “*Le nuove politiche di semplificazione. Un'indagine nelle regioni*”, www.formez.it. Si veda anche A. CELOTTO, M.A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un “nodo di gordio”*, www.giustamm.it.

² M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova, 1988; G. ROSSI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 2005, 37 ss..

³ Cfr. *infra* par. 2.

Sul versante dei principi non si può dubitare che la semplificazione rappresenti una doverosa reazione ad un agire della p.A. contrario al paradigma di buona amministrazione (di cui all'art. 97 Cost.)⁴. Un'azione oltre misura complessa, infatti, risulta spesso latrice di interventi intempestivi e poco inclini ad ottenere una valutazione positiva dal raffronto tra le risorse impiegate e i risultati conseguiti (nonché, altrettanto spesso, tra obiettivi programmati e risultati conseguiti). Per tale ragione il taglio dei tempi del procedimento può in certo senso considerarsi un'originaria declinazione del principio di buon andamento, il quale conta senz'altro tra i suoi componenti il criterio di celerità con cui la p.A. è tenuta a misurarsi nella conduzione dell'attività autoritativa. In tale ottica c'è chi ha affermato l'esistenza di un generale principio di semplificazione, in particolare collegato all'intervenuta esigenza di delegificazione, ossia l'esigenza di trasferire alla potestà regolamentare i procedimenti già disciplinati dalla legge, in modo da rendere a sua volta più agevole l'operazione di semplificazione (cfr. art. 20 della legge n. 59 del 1997 s.m.i.)⁵.

In connessione con i principi di economicità ed efficacia l'esigenza di semplificazione dell'azione amministrativa è entrata nella legge sul procedimento

⁴ Sul contenuto della nozione di buon andamento e la sua evoluzione, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 35 ss.; A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia, efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010; A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione procedurale: contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2008.

⁵ Per un'analisi dell'argomento, S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 703 ss.; F. MANGANARO, *Semplificazione dell'attività amministrativa e principio di legalità*, Reggio Calabria, 1999; V. CERULLI IRELLI, F. LUCANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, *Dir. amm.*, 2000, 633 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La "fabbrica delle leggi" e la qualità della normazione in Italia*, *Dir. amm.*, 2000, 97 ss.; G. CIAGLIA, *La semplificazione dell'attività dell'amministrazione. La semplificazione normativa*, www.giustamm.it; M.A. SANDULLI (a cura di) *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005.

amministrativo (l. n. 241 del 1990), che ha dedicato l'intero Capo IV proprio alla semplificazione.

Si è giunti, in tal modo, alla previsione di specifici istituti “attuativi” della semplificazione, in qualche occasione già contemplati da alcune normative di settore, cui il legislatore ha dedicato ampio spazio in ragione dei vantaggi prodotti dall'applicazione di essi soprattutto in chiave acceleratoria. In tal senso va messo in evidenza come, fin dalla genesi della legge con cui si è procedimentalizzata in via generale l'azione amministrativa, il legislatore abbia avvertito l'esigenza di abbinare alle altre regole sul procedimento una serie di misure immediatamente semplificatrici dello stesso, ciò che dà l'idea dell'attenzione rivolta alla necessità di rendere più conciso l'*iter* naturalmente destinato a sfociare nella determinazione della p.A., e addirittura alla opportunità di rinunciare – in determinati casi – all'*iter* stesso, potendo il provvedimento essere sostituito da una condotta giuridicamente rilevante.

La semplificazione è così passata dal costituire un generico programma di sburocratizzazione del fare dell'amministrazione (in linea con i propositi costituzionali) a costituire un vero e proprio insieme di tecniche e strumenti giuridici, ulteriormente alimentati dalle indicazioni provenienti dall'Unione Europea finalizzate alla tutela del mercato, concretamente inciso dalle complessità e dalle tempistiche che contraddistinguono il sistema amministrativo di un Paese membro⁶.

Nell'insieme degli istituti di semplificazione che attengono all'azione amministrativa, ed in particolare all'incremento della sua efficacia, si possono allora

⁶ M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, in corso di pubblicazione.

individuare una serie di strumenti a dimensione procedimentale, incentrati sullo snellimento del modulo tipico dell'esercizio del potere amministrativo, ossia del procedimento⁷.

Tra questi è anzitutto possibile distinguere due categorie, a seconda del tipo di semplificazione promossa: una semplificazione procedimentale in senso stretto, mirata alla riduzione delle fasi attraverso le quali si giunge all'adozione e all'approvazione del provvedimento finale e, più in generale, alla accelerazione nella definizione del procedimento (in cui rientrano le misure di razionalizzazione dei tempi del procedimento, la conferenza di servizi, gli accordi); e una semplificazione intesa più latamente come facilitazione del privato nelle modalità di accesso a talune attività soggette al potere, quanto meno di "controllo", delle autorità amministrative, anche con l'obiettivo di una riduzione degli oneri posti a suo carico (in cui rientrano istituti come l'autocertificazione e il silenzio-assenso), fino a tradursi in forme di sostanziale liberalizzazione delle attività stesse con la sostituzione dei controlli preventivi in controlli meramente successivi (in cui rientra oggi la s.c.i.a.).

⁷ Sul tema si tenga presente l'analisi di R. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni*, www.giustizia-amministrativa.it, per cui "il nesso tra semplificazione procedimentale e disegno complessivo di modernizzazione dell'amministrazione risulta con una certa evidenza se si considera il rischio che la semplificazione del procedimento amministrativo e taluni istituti attraverso il cui potenziamento si è inteso realizzarla rechi con sé una deprecabile deresponsabilizzazione dell'amministrazione e dei suoi agenti, e, per l'effetto, un abbattimento della capacità degli apparati pubblici di assolvere adeguatamente i propri compiti"; M.A. SANDULLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione: modelli europei a confronto*, Milano, 2000 e 2001; S. PAPARO, *Per una semplificazione di risultato*, www.astrid-online.it; S. TOSCHEI, *Obiettivo tempestività e certezza dell'azione*, *Guida dir.*, n. 27/2009. Per un inquadramento generale, G. ROEHRSSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Disciplina generale del procedimento amministrativo*. Atti del XXXII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna – Villa Monastero, 18-20 settembre 1986.

In questa Sezione verrà fornita una sintetica ricostruzione degli strumenti riconducibili alla c.d. semplificazione procedimentale, e delle maggiori novità che assistono gli istituti al tal fine messi a punto dal legislatore italiano.

2. GLI ISTITUTI DELLA SEMPLIFICAZIONE PROCEDIMENTALE

L'importanza degli strumenti di semplificazione procedimentale è stata particolarmente riconosciuta dal legislatore, il quale ha operato sulla legge n. 241 del 1990 un'ampia serie di modifiche volte ad implementarne e perfezionarne la portata⁸.

Le più recenti novità in ordine alla semplificazione dell'azione amministrativa sono state introdotte con la legge n. 69 del 2009 e, da ultimo, con la legge n. 122 del 2010.

Proprio con il fine di ottimizzare il procedimento amministrativo i citati provvedimenti normativi si sono mossi in una duplice direzione: hanno razionalizzato, a monte, i tempi del procedimento (nonché le conseguenze del loro mancato rispetto) e hanno previsto, nello specifico, una serie di modifiche ai più rilevanti istituti compresi nel Capo IV della legge n. 241 del 1990, intervenendo - la l. n. 69/2009 - in modo incisivo sulla disciplina della conferenza di servizi, nonché sull'istituto della dichiarazione/denuncia di inizio di attività (d.i.a.) e del silenzio, e sostituendo - la l. n. 122/2010 - la d.i.a. con la segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.).

In particolare, con riferimento alle nuove regole sul tempo del procedimento, va segnalato che il legislatore ha inteso ulteriormente accelerare la sequenza procedimentale

⁸ Per un'analisi generale sulle regole dell'azione amministrativa alla luce della legge n. 241 del 1990 e successive modificazioni e integrazioni, si veda M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit.

stabilendo un termine suppletivo di trenta giorni entro il quale le amministrazioni statali e gli enti pubblici nazionali devono concludere il procedimento in mancanza di un diverso termine previsto dalla legge o dalle amministrazioni medesime⁹. Per i procedimenti regolati dalle amministrazioni regionali e dagli enti locali, la novellata formulazione dell'art. 29 della legge n. 241 del 1990 – che ha incluso nell'orbita dei livelli essenziali delle prestazioni, affidati dall'art. 117 Cost. alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, anche le disposizioni concernenti l'obbligo di conclusione del procedimento entro un termine prefissato – ha fatto sì che tale tipologia di disposizioni possa essere modificata da provvedimenti normativi di enti locali solo allo scopo di offrire ai cittadini un incremento di tutela, e ha in tal modo arginato la potenziale sperequazione creatasi tra procedimenti di competenza di amministrazioni centrali e quelli di amministrazioni periferiche¹⁰.

2.1 I termini procedurali

Si è detto che un aspetto centrale della semplificazione è rappresentato dalla tempistica procedimentale, tema che ha visto con gli anni una sempre maggiore attenzione da parte del legislatore, volta a garantire una progressiva riduzione del termine per l'adozione del provvedimento finale¹¹.

⁹ G. MARI, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 263 ss..

¹⁰ A. CELOTTO, *Il riscritto art. 29, l. n. 241/1990*, in R. GAROFOLI, *La nuova disciplina*, cit.; E. LAMARQUE, *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1234 ss..

¹¹ F. GOGGIAMANI, *La doverosità amministrativa*, Torino, 2005; F. FIGORILLI, S. FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo, Urb. e app.*, 2009, 916 ss.; A.

Prima dell'avvento della legge generale sul procedimento amministrativo mancava del tutto nel nostro ordinamento una norma che sanzionasse positivamente l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, entro un termine prefissato¹². Nel silenzio della legge la giurisprudenza subordinava l'esperimento del ricorso contro l'inerzia della p.A. alla previa diffida da parte del privato nei confronti dell'amministrazione inadempiente, invocando quale disposizione applicabile in via analogica l'art. 25 del T.U. degli impiegati civili dello Stato, n. 3 del 1957¹³.

La lacuna legislativa venne colmata dalla legge n. 241 del 1990 il cui articolo 2 intervenne a sancire per la prima volta il principio di certezza temporale dell'azione amministrativa: nell'originaria formulazione l'articolo si limitava a stabilire in via generalizzata il dovere per la pubblica Amministrazione di concludere il procedimento

POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 228 ss..

¹² In realtà esisteva qualche raro caso in cui l'Amministrazione aveva l'obbligo di pronunciarsi entro un certo termine, come ad esempio nel caso del nullaosta regionale per l'apertura delle grandi strutture di vendita per cui la l. n. 426 del 1971 prevedeva che la relativa decisione dovesse essere adottata entro sessanta giorni dalla data di ricezione della richiesta.

¹³ Costituiva peraltro oggetto di discussione l'individuazione del termine di proposizione del ricorso: secondo alcuni doveva applicarsi il termine decadenziale di sessanta giorni stabilito dalla legge per l'impugnazione del provvedimento illegittimo, in ragione della natura di interesse legittimo della posizione giuridica dedotta; secondo altri l'ordinario termine di prescrizione decennale in quanto la posizione giuridica dell'interessato corrispondeva a un vero e proprio diritto soggettivo, autonomo rispetto all'interesse sotteso al provvedimento omesso; autorevole dottrina reputava la sostanziale perpetuità del termine, destinato a rinnovarsi *de die in diem*, finché perdura l'inadempimento. In tal senso A.M. SANDULLI, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in AA.VV., *Il silenzio della Pubblica Amministrazione. Aspetti sostanziali e processuali* (Atti del XXVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 23-25 settembre 1982).

mediante l'adozione di un provvedimento espresso entro il termine determinato dall'Amministrazione stessa per ciascun tipo di procedimento, in quanto non disposto direttamente per legge o per regolamento, ovvero, in subordine, nel termine suppletivo di trenta giorni.

Con la legge n. 80 del 2005 è stata modificata la disciplina del termine per provvedere, sia in relazione alle modalità di determinazione da parte della p.A. – da effettuarsi, per le amministrazioni statali, con regolamento ai sensi della legge n. 400 del 1988 e per gli enti pubblici nazionali secondo i rispettivi regolamenti – sia con riferimento al termine sussidiario che è stato elevato da trenta a novanta giorni.

La disposizione di cui all'art. 2 l. n. 241/90 è stata nuovamente riscritta ad opera dell'art. 7 della legge n. 69 del 2009 che, con l'obiettivo di ulteriormente semplificare ed ottimizzare l'azione amministrativa, ha ristabilito il termine suppletivo entro il quale le amministrazioni devono concludere il procedimento, fissandolo in trenta giorni dall'avvio, secondo quanto già stabilito dal vecchio comma 3 dell'art. 2, prima della richiamata modifica del 2005; e, significativamente, ha ricollocato la norma relativa al termine suppletivo, che ora precede anziché seguire la disciplina della fissazione del termine da parte delle singoli amministrazioni¹⁴.

Le modifiche introdotte con la legge n. 69 del 2009 fanno emergere la volontà del legislatore di garantire la celerità del procedimento. Le amministrazioni, comunque, possono con regolamento individuare termini più lunghi di conclusione dei procedimenti di loro competenza rispetto ai trenta giorni indicati. Peraltro, per scongiurare che le singole amministrazioni prevedano termini eccessivamente lunghi per la conclusione dei procedimenti, come già accaduto più volte in passato, il legislatore del 2009 ha riscritto l'art. 2 indicando dei termini massimi. Così attualmente, il comma terzo dell'art. 2 cit.

¹⁴ D. RUSSO, *La nuova disciplina dei termini e della responsabilità per danno da ritardo*, in R. GAROFOLI, *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo*, Roma, 2009

dispone che i termini di conclusione dei procedimenti delle amministrazioni statali devono essere contenuti in novanta giorni. Detti termini vanno individuati con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (non più dunque con regolamento), su proposta dei Ministri competenti e di concerto con i Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione amministrativa. Gli enti pubblici nazionali stabiliscono i termini secondo i loro ordinamenti.

Soltanto nelle ipotesi in cui si rendono effettivamente necessari termini più lunghi (tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento), si possono superare i novanta giorni. In ogni caso, i termini procedurali non possono andare oltre i centottanta giorni. Inoltre, i decreti per individuare termini superiori ai novanta giorni devono essere adottati attraverso un procedimento "rinforzato" e cioè anche su proposta dei Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione e per la semplificazione normativa e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri¹⁵.

Il tetto dei centottanta giorni può essere superato esclusivamente nelle ipotesi di procedimenti relativi all'acquisto della cittadinanza italiana e per quelli riguardanti l'immigrazione (art. 2, comma 3, legge n. 241/1990).

Quindi, rispetto al passato il legislatore del 2009 ha aggiunto al meccanismo teso ad eludere una eventuale inerzia della p.A. (applicazione della norma sui termini per default), anche precise previsioni di carattere temporale, che limitano la discrezionalità dell'amministrazione nell'indicare la durata dei procedimenti. Poiché i termini non potranno superare i centottanta giorni (tranne le ipotesi relative alla cittadinanza e all'immigrazione), si configura in capo alle amministrazioni l'onere di rideterminare la

¹⁵ C. CALVIERI, *Commento all'art. 29*, in BARTOLINI-FANTINI-FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 757 ss..

durata dei loro procedimenti rendendoli meno gravosi e più snelli. Di conseguenza, non ci si potrà più trovare nella situazione paradossale del passato dove la fissazione da parte delle amministrazioni di termini molto lunghi (si arrivava in alcuni casi a migliaia di giorni) ha finito col rendere la nuova normativa addirittura peggiorativa rispetto alla situazione precedente fondata sul meccanismo del silenzio-rifiuto ex art. 25 del d.P.R. n. 3 del 1957¹⁶.

La legge n. 69 del 2009, all'art. 7 comma 4°, prevede una deroga espressa per i procedimenti in materia ambientale e per i “procedimenti di verifica o autorizzativi concernenti i beni storici, architettonici, culturali, archeologici, artistici e paesaggistici”, per i quali si applicano rispettivamente i termini previsti da disposizioni di legge e di regolamento vigenti in materia ambientale e quelli stabiliti dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lg. n. 42 del 2004). Una disciplina derogatoria è prevista anche per i procedimenti di competenza delle Autorità di garanzia e di vigilanza, i cui termini procedurali devono essere disciplinati in conformità ai loro ordinamenti, fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative (art. 2, comma 5, legge n. 241/1990).

Quanto alla sospensione e interruzione dei termini merita di essere segnalato che con la novella del 2009 è stato opportunamente eliminato il controverso riferimento alle valutazioni tecniche introdotto dalla riforma del 2005. Rimangono le altre ipotesi di sospensione, non superiori però a trenta giorni, concernenti l'acquisizione di informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione o non direttamente acquisibili presso altre p.A.; nonché il ricorso alla conferenza di servizi. Altra ipotesi rimasta intatta è quella dettata dall'art. 10-bis della legge 241 del 1990, che interrompe, e non si limita quindi a sospendere, il termine del procedimento.

Proprio alla luce delle citate modifiche, il tempo nel quale il procedimento deve concludersi va considerato un elemento fondamentale per valutare non solo l'efficienza ma

¹⁶ S. CIMINI, *Semplificazione amministrativa e termine procedimentale*, *Not. Giur. Reg.*, 1998, 163 ss..

anche la legittimità dell'azione amministrativa in concreto, e le capacità della stessa di soddisfare gli interessi e i bisogni dei cittadini.

Tempi lunghi – specie per quanto concerne le posizioni giuridiche di chi aspira ad ottenere dalla p.a. un provvedimento ampliativo come un'autorizzazione o una concessione – spesso vanificano ogni utilità del privato, e possono risultare idonei a eludere l'obbligo per la p.a. di concludere il procedimento¹⁷.

In quest'ottica la doverosità dell'attività amministrativa deve essere intesa non solo come obbligo per la p.a. di adottare un provvedimento espresso, ma anche come obbligo di adottarlo in tempi certi¹⁸. Detta doverosità rappresenta una peculiare declinazione del principio di legalità, in quanto investe non soltanto la legalità “negativa”, quale strumento indispensabile al cittadino per arginare un esercizio del potere arbitrario, ma anche quella “positiva”, quale affermazione in positivo dell'obbligo di esercitare quel potere e di esercitarlo in tempo utile per il cittadino-compartecipe della funzione pubblica¹⁹.

¹⁷ M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 259 ss.; S.S. COCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, www.giustamm.it.

¹⁸ Secondo la più recente dottrina il “contenuto minimo” della doverosità amministrativa si articola su tre livelli: come doverosità di inizio o di avvio della cura di determinati interessi pubblici da parte dei soggetti titolari del potere; doverosità nella consumazione del potere e quindi nell'assunzione di decisione o decisioni in relazione a situazioni e interessi controversi; doverosità di soddisfazione delle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica Amministrazione*, Milano, 2005.

¹⁹ La legalità, quindi, oltre che essere garanzia esterna o vincolo esterno all'esercizio del potere, può essere collegata alla doverosità dell'azione amministrativa nel tempo, in relazione alla quale, appunto, il cittadino si pone come soggetto interlocutore dell'amministrazione sulla base di un rapporto che è fondato su doveri e obblighi reciproci. Si vedano a proposito: F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra*

La considerazione sottesa agli interventi legislativi avvicendatisi dal 1990 ad oggi è, infatti, quella secondo cui la pubblica Amministrazione è preordinata alla cura di un interesse pubblico, di pertinenza di tutti i cittadini, che devono poter confidare nella certezza della qualità e tempestività dell'azione amministrativa, si atteggi la stessa come risposta alle istanze di parte o come intervento autoritativo.

La previsione dell'art. 2, comma 1, della legge n. 241 del 1990, colora quindi di illegittimità il mancato esercizio del potere entro i termini previsti, cioè il silenzio-inadempimento serbato dall'Amministrazione pubblica. Lo spirare del termine senza che l'Amministrazione abbia adottato alcun provvedimento espresso non determina – se non in particolari casi in cui il silenzio assume una dimensione significativa – l'esaurirsi del potere in capo all'Amministrazione, ma abilita l'interessato a rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere l'adozione del provvedimento²⁰. Questa soluzione²¹, nata più di un secolo fa grazie all'opera della giurisprudenza amministrativa che si è ispirata alle riflessioni della dottrina (cfr. la nota pronuncia del Consiglio di Stato, sez. IV, 22 agosto

libertà garantita e libertà attiva, Venezia, 1994; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1912; A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007.

²⁰ Come ha osservato A. TRAVI, *Commento all'art. 2*, in A. TRAVI (a cura di) *Commentario alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso sarebbe del tutto inutile se l'amministrazione potesse emanare l'atto conclusivo a suo piacimento. La doverosità dell'esercizio del potere, in altri termini, è tale proprio in quanto (e solo in quanto) esiste un termine oltre il quale a fronte del dovere di provvedere si consolida (almeno) una situazione giuridica soggettiva di pretesa assistita da idonea garanzia giurisdizionale.

²¹ Non facile da individuare in un sistema che faceva ruotare la tutela intorno all'impugnazione di un atto: se il provvedimento mancava, perché l'amministrazione rimaneva silente, il sistema di tutela amministrativa entrava in crisi mostrando tutta la sua debolezza, dal momento che non c'era nulla da impugnare.

1902) ha risolto il problema di trovare un meccanismo in grado di garantire al privato la tutela nelle ipotesi in cui vi è un'inerzia (e quindi una violazione dell'obbligo di provvedere) dell'amministrazione²².

²² Sebbene non formi oggetto del presente scritto, sembra utile illustrare (molto sinteticamente) che la violazione può determinare una serie di conseguenze, oltre che in ambito amministrativo, anche civile, penale e contabile. In primo luogo si è detto che il mancato rispetto della tempistica procedimentale può essere contrastata mediante ricorso all'autorità giudiziaria amministrativa al fine di far valere l'inadempimento della p.A. (azione disciplinata oggi dall'art. 31 del nuovo Codice del processo amministrativo, d.lgs. n. 104 del 2010); in questa sede, se non si tratta dell'esercizio di un potere discrezionale, il giudice amministrativo può anche conoscere della fondatezza dell'istanza, condannando l'amministrazione all'adozione del provvedimento spettante. In secondo luogo il privato può agire, in presenza di ulteriori presupposti, con un'azione di risarcimento del danno del privato per lesione della sua posizione soggettiva (art. 2043 c.c. e art. 30 c.p.a.). È tuttavia ancora discusso nella dottrina e giurisprudenza italiana se il solo mancato rispetto della tempistica procedimentale possa rappresentare di per sé, in assenza di una valutazione sulla probabile spettanza del provvedimento favorevole, un danno nella sfera del privato. Se dovesse prevalere l'opzione per la configurabilità del "danno da ritardo mero", certamente verrebbe affermato un principio di diritto di grande rilevanza e impulso alla semplificazione, ovvero quello secondo cui il cittadino ha una vera e propria pretesa giuridicamente tutelata al rispetto dei tempi procedurali, indipendentemente dal fatto che sia o meno legittimato ad ottenere un provvedimento favorevole. L'inerzia colpevole dell'amministrazione, inoltre, è una fattispecie che può condurre ad un'imputazione di responsabilità personale per il soggetto responsabile del procedimento (art. 7 l. n. 241/90) di tipo contabile (in caso di dolo o colpa grave) e addirittura penale (art. 378 c.p. rubricato "omissione di atti d'ufficio"). Sul tema, M.A. SANDULLI (a cura di), *L'amministrativista. Nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010; R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010; P. QUINTO, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*, www.giustamm.it; G. MARI, *La responsabilità della p.a. per danno da ritardo*, cit..

2.2 I pareri e le valutazioni tecniche

Strettamente connessa al rispetto della tempistica procedimentale è anche la disciplina della fase consultiva – contenuta negli artt. 16 e 17 della legge sul procedimento amministrativo –, ovvero quella attività istruttoria che coinvolge uffici ed organi, di norma collegiali, distinti rispetto a quelli che svolgono attività di amministrazione attiva e dotati di particolari preparazione e competenza tecnica²³.

La funzione amministrativa di natura consultiva si esplica in un'attività valutativa che si manifesta attraverso il rilascio di pareri ed è volta a fornire consiglio alle autorità chiamate a provvedere. Si tratta di valutazioni di opportunità o tecniche, svolgenti una funzione ausiliaria rispetto all'attività provvedimentale. Gli organi consultivi non sono portatori nel procedimento di interessi propri, distinti da quelli dell'autorità procedente, essendo chiamati unicamente a fornire all'autorità decidente elementi per la cura degli interessi ad essa affidati. La funzione consultiva, sotto questo profilo, può dunque definirsi "neutra", "disinteressata", in quanto non riflette le prerogative, gli interessi propri dell'organo da cui promana, essendo indirizzata a soddisfare il migliore temperamento dell'interesse funzionale dell'amministrazione richiedente il parere.

La disciplina relativa all'attività consultiva risponde anzitutto a una logica partecipazionistica in quanto prevede che alcuni soggetti debbano essere sentiti in ordine all'adozione di un determinato atto. La rilevanza dell'esigenza semplificativa emerge nella circostanza per cui sarebbe vanificato l'intento di rendere più celere l'attività di un'amministrazione se, qualora debbano essere coinvolti altri interessi rispetto a quelli considerati direttamente dall'autorità procedente da esaminare nel corso dell'istruttoria, la valutazione di questi potesse rallentare o bloccare l'azione della p.A..

²³ Sul tema, V. PARISIO, *L'attività consultiva*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 695 ss.; N. AICARDI, *Le valutazioni tecniche*, *ibidem*, 715 ss..

A tal fine, nell'art. 16, comma 1, l. n. 241/90 si stabilisce che gli organi consultivi delle pubbliche amministrazioni elencate nell'art. 1 comma 2 del d.lg. n. 29 del 1993²⁴ debbono rilasciare i pareri a loro obbligatoriamente richiesti entro venti giorni dal ricevimento della richiesta²⁵.

Nell'ipotesi di richiesta di pareri facoltativi, invece, le amministrazioni citate debbono comunicare il termine entro il quale gli atti consultivi saranno resi. Tale termine non potrà essere superiore a venti giorni decorrenti dal ricevimento della richiesta²⁶.

²⁴ A mente dell'art. 1 comma 2 del d.lg. n. 29 del 1993 “*Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le provincie, i comuni, le comunità montane, e loro consorzi ed associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale*”.

²⁵ Non è del tutto chiaro se per «organi consultivi» debbano intendersi i soli organi svolgenti la funzione consultiva in modo esclusivo. In assenza di ulteriori indicazioni, non si vede perché interpretare l'art. 16 in modo restrittivo, considerando che ciò che preme al legislatore è unicamente l'esercizio oggettivo di una attività preparatoria, “neutra”, a nulla rilevando il fatto che tale funzione sia svolta in modo esclusivo od accessorio.

²⁶ I pareri si distinguono in facoltativi ed obbligatori, a seconda che per l'autorità decidente sia facoltativo o doveroso il richiederli, non il rilasciarli. La facoltatività di un parere comporta che l'amministrazione procedente non è per legge obbligata a richiederlo, fermo restando che se decide di farlo, una volta ottenutolo, deve prenderlo in considerazione, ed è altresì tenuta a motivare le ragioni per le quali eventualmente ritenga di discostarsene. Come si evince dal combinato disposto degli artt. 1 e 16 della l. n. 241 del 1990, l'ordinamento si muove disincentivando sempre più la richiesta di pareri facoltativi, considerati spesso quale un modo per eludere o ripartire la responsabilità, in quanto danno vita ad un aggravio procedimentale. I pareri obbligatori debbono invece essere necessariamente richiesti all'organo consultivo, pena l'illegittimità per violazione di legge del provvedimento finale. Anche in questo caso, la

È prevista (art. 16, comma 4) l'interruzione del termine (venti giorni) nelle ipotesi in cui l'organo chiamato a rilasciare il parere abbia, motivando adeguatamente, rappresentato esigenze di carattere istruttorio. L'interruzione (che presuppone un nuovo decorso per intero del termine originario) può avvenire una sola volta e, in ogni caso, il parere dovrà essere definitivamente reso entro quindici giorni dal ricevimento degli elementi istruttori integrativi richiesti.

L'inutile decorrenza del termine o la mancata richiesta di integrazioni istruttorie, fanno sorgere in capo all'amministrazione deliberante la facoltà di procedere anche in assenza del parere, solo in relazione ai pareri obbligatori, con l'eccezione dei pareri adottati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini, come meglio si preciserà.

La facoltà di proseguire comunque il procedimento costituisce la chiara trasposizione nell'ambito degli atti endoprocedimentali del principio di accelerazione dell'azione amministrativa che permea l'intera legge n. 241/1990. Senza dubbio nella prospettiva della celerità dello svolgimento dell'azione amministrativa tale scelta è condivisibile, anche se non si possono ignorare i costi che si pagano per la sua realizzazione: la possibile incompletezza dell'istruttoria procedimentale, luogo di emersione di fatti e interessi all'interno del procedimento, e dunque garante della qualità dell'atto conclusivo del procedimento. Il legislatore ha preferito lasciare all'amministrazione il peso della scelta tra la prosecuzione del procedimento e l'attesa del parere tardivo, dando vita così ad un sistema di maggiore flessibilità, di cui il responsabile del procedimento diventerà l'interprete, assumendo le decisioni più adatte alle specifiche circostanze di fatto. Il legislatore, dunque, sembra non aver ignorato i rischi connessi alla "mutilazione" procedimentale cui si addiverrebbe in assenza del parere, come dimostra la circostanza che esso ben avrebbe potuto stabilire un obbligo – anziché la facoltà – di

mancata conformazione ad essi deve essere adeguatamente motivata da parte dell'amministrazione procedente.

procedere in assenza del parere non rilasciato nei termini. Tra l'altro, la scelta tra la prosecuzione del procedimento e l'attesa del parere tardivo attiene alla sfera della discrezionalità, dunque sarà sindacabile dal giudice amministrativo solo sotto il profilo di una sua palese irragionevolezza.

Si consolida, invece, un vero e proprio obbligo di procedere nelle ipotesi di mancato rilascio nel termine massimo di venti giorni dei pareri facoltativi, sempre fatta salva l'eccezione costituita dai pareri rilasciati dalle amministrazioni chiamate a tutelare "interessi forti" (ambiente, paesaggio, territorio, salute) per i quali l'esigenza semplificativa cede il passo alla necessità di un controllo concreto ed efficace da parte delle amministrazioni coinvolte. A tal proposito va precisato che ciò che rileva per stabilire l'ambito di operatività dell'eccezione non è la competenza in via esclusiva dell'organo che emana i pareri, ma il loro essere oggettivamente (e non soggettivamente) volti a salvaguardare i già ricordati valori.

I pareri che insistono nelle materie citate risulteranno disciplinati dalla normativa di settore, se presente, in cui potrà essere previsto anche un termine più lungo di quello di venti giorni²⁷. In assenza di normativa di settore applicabile in qualità di *lex specialis*, stante l'impossibilità di prescindere dalla mancata adozione dei pareri o, nell'ipotesi dell'art. 17, di adire altri organi o enti in via surrogatoria, nelle materie in esame, non si potrà far altro che attendere l'emanazione dell'atto consultivo (tardivo), considerato evidentemente infungibile, sia dal punto di vista oggettivo (del suo contenuto) che soggettivo (dell'autorità che lo emana). In ogni caso, nelle ipotesi di silenzio dell'autorità

²⁷ È quanto si verifica, ad es., per il parere della Soprintendenza nel procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica previsto dall'art. 146 del Codice dei beni culturali e ambientali, d.lg. n. 42 del 2004 e s.m.i. Tale parere va comunicato nel termine perentorio di 60 gg., e qualora non venga reso, l'autorità richiedente può procedere in sua assenza (qualora sia avvenuto l'adeguamento degli strumenti urbanistici comunali ai nuovi piani paesaggistici formati d'accordo con il Ministero per i beni e le attività culturali).

consultiva, il rischio di un arresto procedimentale *sine die* è fortissimo. Per rimediare a tale inconveniente, il responsabile del procedimento, esercitando le competenze spettantigli, in assenza di previsioni provvedimentali, potrebbe fissare un termine, ritenuto congruo entro cui l'organo consultivo deve emanare il parere, indispensabile per il corretto svolgimento del procedimento.

Il regime giuridico dei pareri (obbligatori e facoltativi) è distinto rispetto a quello delle valutazioni tecniche. Per le valutazioni tecniche, l'art. 17 della l. n. 241 del 1990, in caso di inerzia dei soggetti tenuti a rilasciarle, pone l'obbligo (e non la facoltà) in capo al responsabile del procedimento, di richiederle ad altri enti o organi, dotati di qualificazione e capacità tecniche equipollenti ovvero ad istituti universitari, che si surrogano a quelli rimasti silenziosi, (c.d. silenzio devolutivo)²⁸. Anche in questo caso viene quindi data alla p.A. procedente la possibilità di superare l'inerzia dell'organo consultivo, sebbene non in modo assoluto, data la necessità in ogni caso di acquisire la suddetta valutazione da altri enti dotati dello stesso livello di specializzazione: a garanzia del buon andamento dell'azione amministrativa, appare indispensabile salvaguardare l'apporto neutrale della tecnica rispetto a quello politico-discrezionale proprio dell'organo politico.

Gli atti consultivi di cui all'art. 16 della l. n. 241 del 1990 si identificano con i pareri attinenti, anche in maniera non esclusiva, ai profili di mera convenienza amministrativa dell'emanando provvedimento, mentre gli atti consultivi aventi solamente contenuto tecnico - siano essi accertamenti semplici o accertamenti non disgiunti da discrezionalità tecnica - vanno ricondotti al regime surrogatorio previsto dall'art. 17 della l. n. 241 del 1990 per le valutazioni tecniche²⁹.

²⁸ F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, *Dir. amm.*, 2008, 791 ss..

²⁹ Bisogna cioè verificare se si è in presenza di un procedimento principale il cui esito è un provvedimento da assumere sulla base (anche) di un apprezzamento di tipo tecnico in relazione al quale la normativa prevede l'apertura di un apposito sub-procedimento affidato ad un organo diverso

Il parere disciplinato nell'art.16 attiene all'oggetto del procedimento, mentre la valutazione tecnica di cui all'art.17 riguarda i singoli fatti che debbono essere conosciuti ed apprezzati nella fase istruttoria. La valutazione tecnica, dunque, si configura come parte integrante dell'istruttoria in senso stretto, attiene alla fase dell'acquisizione degli elementi di fatto rilevanti per la decisione e, pertanto, va necessariamente ottenuta prima della chiusura dell'istruttoria (non a caso, nell'art. 17, comma 1, si usa l'avverbio "preventivamente"). I pareri, invece, intervengono ad istruttoria conclusa, allorché siano stati raccolti tutti i dati fattuali effettivamente rilevanti, perché solo in questo momento diventa possibile delineare un esito del procedimento³⁰.

Anche per l'art. 17, la sua effettiva applicabilità va attuata raffrontando la disposizione con le norme di settore. Se tali norme già contemplano meccanismi di superamento dell'inerzia degli enti o organi interrogati sulla valutazione tecnica, detti meccanismi sono da reputare prevalenti su quello regolato in via generale dallo stesso articolo. Peraltro, si deve ritenere che la prevalenza della norma speciale operi anche

da quello precedente nel procedimento principale in cui detto organo è chiamato ad emettere un giudizio espresso alla luce di conoscenze tecniche. Sul punto, G. CORSO – F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991.

³⁰ A. TRAVI, *Parere* (nel diritto amministrativo), *Dig. Disc. Pubbl.*, X, 616. Utili criteri per la distinzione tra pareri e valutazioni tecniche provengono dalla giurisprudenza amministrativa, ove si afferma che la qualificazione di un apprezzamento endoprocedimentale come parere e non come valutazione tecnica si fonda su alcuni indici sintomatici quali: gli apporti di carattere discrezionale o "consigli" non perentori sul futuro contenuto del provvedimento conclusivo non si conciliano con il carattere tecnico del parere; la significativa presenza di componenti non qualificati tecnicamente esclude che l'attività consultiva possa avere carattere tecnico; la "ratio" dell'intervento consultivo può essere talora quella di assicurare omogeneità a decisioni affidate ad amministrazioni diverse; qualora il parere ripercorra tutte le fasi procedurali esprimendo in relazione ad esse una valutazione di carattere generale, la valutazione deve considerarsi un parere "puro" (cfr. Cons. St., Comm. spec., parere 5 novembre 2001 n. 480/00, FI, 2001, III, 236 ss.)

laddove tali meccanismi non mantengano la terzietà dell'organo cui la valutazione tecnica viene rimessa in via suppletiva ovvero riguardino sub-procedimenti di valutazione tecnica di competenza di organi preposti agli interessi sensibili, esonerati dal procedimento generale. E ciò in quanto l'obiettivo primario assicurato dall'art. 17 nell'ottica dell'amministrato è l'accelerazione procedimentale e non la garanzia della riserva di valutazione tecnica in capo ad un organo distinto rispetto alla p.A. procedente o, nel caso di interessi sensibili, in capo ai soli organi preposti a tali interessi³¹.

2.3 La conferenza di servizi

La conferenza di servizi costituisce un modello partecipativo e semplificativo che, introdotto sul finire degli anni ottanta con alcune normative di settore, è stato poi generalizzato dalla legge n. 241 del 1990, venendo successivamente più volte ritoccato sul piano funzionale e strutturale (in particolare con la l. n. 24 del 2000, l. n. 15 del 2005 e – da ultimo – con la l. n. 122 del 2010)³².

L'istituto sicuramente semplifica ed accelera il procedimento, perché contestualizza e rende contemporanei adempimenti che, diversamente, sarebbero per legge

³¹ Secondo un indirizzo prevalente i principi espressi dagli artt. 16 e 17, essendo funzionali alla conclusione del procedimento amministrativo entro il termine prefissato, sono da qualificare come principi attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost. ai sensi e per gli effetti dell'art. 29, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990.

³² Secondo parte della dottrina il quadro legislativo ancora oggi, dopo le recentissime novelle del 2009 e del 2010, risulta imperfetto ed insoddisfacente in quanto la legge non ha la portata di una vera e propria legge generale limitandosi a disciplinare l'istituto della conferenza di servizi senza occuparsi dell'incidenza che la stessa ha sul modello dell'azione amministrativa, sul procedimento, sull'esercizio della funzione, e sulla discrezionalità.

successivi tra loro e allungherebbero i tempi di conclusione del procedimento. In questo modo si rende possibile il confronto diretto tra gli organi e gli enti per legge competenti a definire, con funzioni diverse e attraverso distinti ed autonomi atti o provvedimenti, una determinata fattispecie.

La conferenza è così il luogo in cui si effettua un coordinamento di interessi pubblici appartenenti ad amministrazioni differenti, permettendo di riunire ad un unico tavolo la valutazione degli stessi e consentendo – a certe condizioni – il superamento del dissenso manifestato dalle diverse amministrazioni coinvolte. In tal modo, da un lato, il processo di adozione del provvedimento non rischia di bloccarsi a seguito dei contrasti pur fisiologici fra le amministrazioni e, dall'altro, si evitano le lungaggini connesse a più procedimenti separati³³.

La legge n. 241 del 1990 disciplina due tipi di conferenze di servizi: quella istruttoria, cui si riferiscono i commi 1 e 3 dell'art.14 l. n. 241/90, volta all'espletamento contestuale degli adempimenti istruttori e, in specie, al confronto degli interessi pubblici; e quella decisoria, contemplata dai commi 2 e 4 del medesimo art. 14, che consente di pervenire alla "decisione procedimentale", cioè la definizione del contenuto dei provvedimenti emanandi con effetti tendenzialmente vincolanti le le amministrazioni invitate alla conferenza.

Accanto a queste due figure, peraltro, va aggiunta la fattispecie delineata e disciplinata dall'art. 14-bis, cioè la conferenza dei servizi preliminare, che la dottrina classifica come "predecisoria": una fattispecie peculiare perché finalizzata a verificare,

³³ G. SCIULLO, *Gli istituti generali di semplificazione: la conferenza di servizi*, in G. VESPERINI, *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, 2006; S. AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento*, FA-TAR, 2005, 2635 ss.; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002.

anteriore all'avvio del procedimento o dei procedimenti autorizzatori, o preventivamente rispetto al momento procedimentale a ciò deputato, la sussistenza delle condizioni per la positiva conclusione dei procedimenti medesimi, fino ad individuare le misure correttive per l'emanazione di un provvedimento "positivo".

La conferenza istruttoria è a sua volta distinta in due fattispecie: la conferenza dei servizi uniprocedimentale o monoprocedimentale o interna e la conferenza dei servizi pluriprocedimentale o interprocedimentale o esterna.

La prima fattispecie è caratterizzata dal fatto che la conferenza viene indetta dalla p.A. titolare del procedimento, nel quale la conferenza medesima è destinata ad inserirsi, e non ha, quantomeno sul piano giuridico-formale, né interferenza né incidenza su altri distinti procedimenti destinati all'emanazione di provvedimenti riguardanti la stessa questione, di cui si occupa l'autorità procedente che ha indetto la conferenza medesima.

La seconda fattispecie, al contrario, presuppone la pendenza di più procedimenti amministrativi connessi e, per quanto indetta dalla p.A. titolare dell'interesse pubblico prevalente, si inserisce in tutti i predetti procedimenti connessi.

Entrambe assolvono a una funzione istruttoria essendo inequivocabilmente deputate all'"esame contestuale" degli interessi pubblici coinvolti o nel singolo procedimento (art. 14, comma 1) o nei procedimenti connessi (art. 14, comma 3), e hanno la loro *ratio* nell'"opportunità" dell'esame contestuale dei diversi interessi in gioco, consentendo ai partecipanti di essere ascoltati senza prender parte alla fase di valutazione che conduce alla decisione³⁴.

³⁴ Il riferimento all'opportunità è contenuto nel primo comma dell'art. 14 (e deve considerarsi implicito nel comma terzo), così che il ricorso alla conferenza appare il frutto di una scelta discrezionale della p.A. e non costituisce un atto dovuto, sebbene emerga un *favor* del legislatore per il ricorso alla conferenza di servizi (Cons. St., sez. V, 8 maggio 2007, n. 2107). Vigente la novella del 2009 questa conclusione non era condivisa da chi riteneva che l'inciso "di regola" stesse ad indicare

Trattandosi di un modello il cui inserimento nei procedimenti amministrativi rimane eventuale e rimesso alle scelte discrezionali dell'amministrazione competente, si deve ritenere che la conferenza di servizi istruttoria si muove nell'ottica del risultato (o del merito amministrativo del provvedimento finale) più che su quello della legalità formale, e si appalesa come una competenza, riconosciuta dalla legge alla p.A., di modifica – limitata e parziale – del modello procedimentale prefigurato per legge in presenza di ragioni oggettive per introdurre nell'attività istruttoria un'occasione di esame congiunto degli interessi pubblici.

La portata dell'esame contestuale rimane, comunque, diversa, a seconda che si faccia mente locale alla conferenza "uniprocedimentale" o a quella "pluriprocedimentale". Nel primo caso, infatti, vi è una sola amministrazione titolare di una competenza di amministrazione attiva e dovrà esserci un'unica decisione da parte di quest'ultima, mentre le altre pubbliche amministrazioni, titolari degli altri interessi pubblici coinvolti, parteciperanno al procedimento non con competenze decisionali, ma necessariamente consultive, informative o tecniche. Su queste premesse, l'esame contestuale appare "relegato", almeno formalmente, come già detto, ad una mera funzione istruttoria e, più latamente, procedimentale. Nel secondo caso, la questione risulta più complessa. La conferenza interferisce con più procedimenti connessi e relativi alla stessa attività o funzionali al medesimo risultato. Essa, in altri termini, si inserisce nell'attività procedimentale di più amministrazioni che devono assumere decisioni giuridicamente tra loro dipendenti (è il procedimento connesso in senso stretto) o che devono assumere decisioni comunque riferite, pur se sotto profili giuridicamente distinti, alla medesima fattispecie e, per ciò, riguardanti il medesimo risultato, cioè la regolamentazione

che il mancato ricorso alla conferenza fosse l'eccezione e che di conseguenza dovesse essere motivata la sola decisione di non indire la conferenza medesima; e ciò sul presupposto che la convocazione fosse sostanzialmente un atto dovuto. Ogni dubbio può ritenersi superato dalla novella del 2010 (l. n. 122) che ha sostituito l'espressione "indice di regola" con "può indire". Uguale conclusione deve avanzarsi anche per la conferenza pluriprocedimentale.

complessiva della fattispecie. In questa situazione, l'esame contestuale è relativo anche ad interessi primari, in quanto per legge destinati ad essere tutelati da uno degli emanandi provvedimenti. Si appalesa, pertanto, ineludibile il fatto che l'esame contestuale comporti una valutazione di sintesi (o, comunque, complessiva), inevitabilmente diversa da quella a cui sarebbero chiamate le singole pp.AA. nel caso di omesso ricorso alla conferenza interprocedimentale. L'esame contestuale, infatti, pur senza interferire formalmente con le norme tributarie delle singole competenze di amministrazione attiva, comporta inderogabilmente che tutte le amministrazioni titolari dei procedimenti connessi siano condizionate, nelle loro successive singole decisioni provvedimentali, dalle risultanze della valutazione contestuale dei vari interessi pubblici coinvolti, anche in ragione della disciplina del dissenso³⁵.

L'art. 14, commi 2 e 4, della legge sul procedimento amministrativo (insieme con i successivi artt. 14 ter e 14 quater) disciplina le due ipotesi di conferenza decisoria, la cui indizione è, peraltro, un atto dovuto. Queste due fattispecie – funzionali alla semplificazione e alla accelerazione dell'attività amministrativa in quanto realizzano la concentrazione in un unico contesto dei procedimenti e delle competenze decisionali di una pluralità di amministrazioni, il cui assenso è necessario ai fini dell'adozione di un determinato provvedimento – si distinguono esclusivamente per riguardare, la prima, l'attività istituzionale delle p.A. e, la seconda, l'attività dei privati soggetta ad autorizzazione amministrativa.

La figura presuppone in ogni caso che l'amministrazione procedente debba acquisire “intese, concerti, nulla-osta o assensi comunque denominati da altre

³⁵ M.A. QUAGLIA, *La conferenza di servizi come strumento di semplificazione e di coordinamento degli interessi nel procedimento amministrativo*, *Quad. Reg.*, 2006, 39 ss.; R. GRECO, *La riforma della legge 241/1990 con particolare riguardo alla legge 69/2009: in particolare, le novità sui termini di conclusione del procedimento e la nuova disciplina della conferenza di servizi*, www.giustizia-amministrativa.it.

amministrazioni pubbliche”. È necessario chiarire questo presupposto, che la legge rende assai ampio per l’ultima categoria (gli atti di assenso “comunque denominati”) tendenzialmente omnicomprendente, ma che la legge medesima individua partendo da fattispecie giuridiche sufficientemente definite. Tuttavia la conferenza decisoria non può essere sempre indetta quando sussista la necessità di acquisire atti di assenso comunque necessari: il comma 2 dell’art. 14 l. n. 241, infatti, stabilisce che l’amministrazione, che indice la conferenza, debba preventivamente richiedere l’atto di assenso alla p.A. competente e che possa indire la conferenza solo nel caso in cui quest’ultima non abbia risposto nei trenta giorni successivi a quello di ricezione della domanda.

L’ultimo capoverso del comma 2 dell’art. 14 l. n. 241 statuisce testualmente che la conferenza dei servizi può essere altresì indetta quando nello stesso termine è intervenuto il dissenso di una o più amministrazioni interpellate. In altri termini le singole p.A., in quanto titolari delle competenze destinate ad essere “incise” dalla conferenza dei servizi, devono essere libere di decidere se esercitarle autonomamente o in conferenza di servizi, ma, siccome l’esercizio delle competenze medesime è doveroso, ben possono essere chiamate ad esercitarle ai sensi dell’art. 14, comma 2, l. n. 241, una volta che non si siano attivate tempestivamente. In questo modo, infatti, non vi è interferenza sull’autonomia dell’esercizio della funzione, ma la sollecitazione al suo esercizio nel rispetto dei principi generali relativi all’azione amministrativa e, in specie, dei tempi di decisione, che hanno rilevanza tanto per l’interesse generale, quanto per quello di privati eventualmente destinatari di provvedimenti amministrativi.

La competenza per la convocazione della conferenza – atto dovuto nel ricorso dei presupposti di legge (art. 14, commi 2 e 4, l. 241) – è riconosciuta all’amministrazione titolare dell’interesse pubblico prevalente ovvero “previa informale intesa” da una delle amministrazioni, che curano l’interesse pubblico prevalente (c.d. convocazione d’ufficio). L’interesse pubblico prevalente è da individuarsi nell’interesse pubblico primario perseguito dall’amministrazione procedente. Il che, in astratto, non pone problemi nell’ipotesi di conferenza dei servizi uniprocedimentale, mentre potrebbe porli nel caso di conferenza interprocedimentale.

La legittimazione a richiedere la conferenza è anche riconosciuta a “qualsiasi altra amministrazione coinvolta”, cioè anche a ciascuna delle pp.AA. che devono pronunciarsi in ordine agli atti di assenso. La domanda di convocazione non vincola l’amministrazione titolare dell’interesse prevalente a convocare sicuramente la conferenza (c.d. convocazione ad istanza di parte), ma la obbliga a rispondere e a motivare la propria decisione³⁶. Della convocazione si occupano anche i commi 4 e 5 dell’art. 14 l. n. 241: nel comma 4 (prefigurante una fattispecie autonoma di conferenza decisoria) si riconosce la legittimazione della richiesta in capo al privato, allorché la sua attività “sia subordinata ad atti di consenso, comunque denominati, di competenza di più amministrazioni pubbliche”, stabilendosi l’obbligatorietà dell’accoglimento dell’istanza e, quindi, della convocazione ed individuandosi l’ente chiamato a provvedere nell’amministrazione competente per l’adozione del provvedimento finale; nel comma 5, con riferimento alle concessione dei lavori pubblici, la competenza per la convocazione è attribuita al concedente, che è l’Amministrazione pubblica. Il concessionario può convocarla solo se abbia acquisito il consenso di quest’ultima.

Sul versante della partecipazione, ogni autorità coinvolta ha un unico rappresentante legittimato dall’organo competente che esprime la volontà dell’amministrazione in modo vincolante per la stessa. Si considera comunque acquisito l’assenso che non è stato espresso in seno alla conferenza, eliminando così la possibilità di esprimere dissensi postumi (silenzio assenso). Anche per quanto concerne tale istituto, tuttavia, restano dotati di una protezione più energica determinati tipi di interessi “sensibili”

³⁶ Considerato che l’istituto è ispirato a esigenze di celerità (v. Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2003, n. 4568), i termini per la convocazione della prima riunione e per un suo eventuale differimento sono estremamente brevi. La convocazione deve giungere alle amministrazioni interessate almeno cinque giorni prima della riunione stessa; entro i successivi cinque giorni le amministrazioni impossibilitate a partecipare possono chiedere un rinvio. Sempre con riguardo alla scansione temporale della conferenza, la l. n. 69 del 2009 ha introdotto la possibilità di convocare anche i concessionari ed i gestori dei servizi pubblici potenzialmente interessati. M. SANTINI, *La conferenza di servizi*, Roma, 2008.

di rilievo costituzionale, quali quelli ambientali, paesaggistico-territoriali e storico-artistici e quelli afferenti alla tutela della salute e della pubblica incolumità. Nel caso in cui sia proprio una delle amministrazioni poste a tutela di questi ultimi interessi ad esprimere il dissenso, il legislatore prevede che il procedimento non si blocchi del tutto, dimostrando così che l'esigenza di efficienza e di semplificazione dell'attività amministrativa non recede completamente nonostante la rilevanza degli interessi considerati. Il comma 3 dell'art. 14-*quater* dispone infatti che la decisione non venga assunta in sede di conferenza, ma venga rimessa entro dieci giorni a valutazioni di secondo grado del Consiglio dei Ministri, che si pronuncia entro sessanta giorni, previa intesa con la regione o le regioni o gli enti locali interessati. Se l'intesa non è raggiunta nei successivi trenta giorni la deliberazione può essere comunque adottata.

Al termine dei lavori della conferenza spetta all'amministrazione procedente adottare la determinazione che conclude il procedimento. Tale determinazione, oggi assunta in base ai pareri prevalenti, è stata oggetto di una progressiva revisione normativa³⁷. Partendo dalla necessità di una decisione all'unanimità è passata, con la l. 24 novembre 2000 n. 340, ad un criterio di maggioranza per approdare, alla fine, all'attuale formulazione soltanto con la l. 11 febbraio 2005 n. 15 (per cui *“l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento, valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede”*). In

³⁷ Il problema sta nel chiarire cosa debba intendersi per posizioni prevalenti. Non si tratta certamente di un criterio meramente numerico, in quanto è proprio tale principio che il legislatore ha voluto abbandonare eliminando la regola maggioritaria. La dottrina ha avuto modo di chiarire che “per stabilire quale sia la posizione prevalente, l'Amministrazione procedente che è responsabile di questa determinazione, dovrà avere riguardo alle singole posizioni che le Amministrazioni coinvolte assumono in sede di conferenza con riferimento al potere che ciascuna di esse avrebbe di determinare l'esito, positivo o negativo, del procedimento, in base alle singole leggi di settore” (F. BASSANINI – L. CARBONE, *La conferenza dei servizi, il modello e i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La nuova disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006).

realtà il criterio maggioritario, ponendo sullo stesso piano tutte le amministrazioni partecipanti, rischiava di essere in qualche modo condizionato dalla loro scelta, stante la difficoltà di individuare con certezza quali fossero le amministrazioni da convocare. Così disponendo, infatti, si era adombrata la possibilità per l'amministrazione procedente di predeterminare l'esito della conferenza scegliendo chi dovessero essere i votanti e parte della dottrina aveva giustamente osservato come la regola rigidamente maggioritaria, basata unicamente sulla prevalenza quantitativa, non sembrava coincidere con una cura qualitativa degli interessi pubblici coinvolti.

L'attuale metodo di valutazione delle risultanze della conferenza di servizi prevede, dunque, la necessità di tenere conto delle posizioni prevalenti espresse sull'oggetto della conferenza. Il problema, evidentemente sta nel chiarire cosa debba intendersi per posizioni prevalenti: non si tratta certamente di un criterio meramente numerico, in quanto è proprio tale principio che il legislatore ha voluto abbandonare eliminando la regola maggioritaria, ma pesare la prevalenza delle posizioni non è certo operazione semplice. La dottrina ha avuto modo di chiarire che per stabilire quale sia la posizione prevalente, l'Amministrazione procedente che è responsabile di questa determinazione, dovrà avere riguardo alle singole posizioni che le diverse Amministrazioni coinvolte assumono in sede di conferenza con riferimento al potere che ciascuna di esse avrebbe di determinare l'esito, positivo o negativo, del procedimento, in base alle singole leggi di settore³⁸. Ovviamente ci si trova a fronte di un criterio decisionale che aumenta la discrezionalità dell'amministrazione procedente, la quale può, infatti, stabilire quali siano le posizioni da far prevalere. Per cui, se, da una parte, il criterio favorisce delle decisioni maggiormente aderenti all'interesse pubblico prevalente, dall'altra, lascia anche un ampio potere discrezionale all'amministrazione procedente che dovrà fornire la propria decisione in materia corredata da un robusto momento motivazionale. Ciò detto, appare opportuno

³⁸ V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, www.astrid.online.it.

rilevare che comunque il momento di adozione della determinazione previsto dall'art. 14 ter comma 6-bis non costituisce il provvedimento finale, il quale è invece disciplinato dal successivo comma 9. Detta disposizione prevede che il provvedimento finale debba essere conforme alla determinazione conclusiva di cui al comma 6 bis e sostituisce a tutti gli effetti ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti o comunque invitate a partecipare, ma risultate assenti³⁹.

In riferimento ai due momenti della determinazione conclusiva della conferenza e del provvedimento finale e a quale sia il rapporto che li lega, si è sostenuto che il primo rappresenterebbe il momento decisorio che costituisce il risultato finale del processo logico decisionale, mentre il secondo identificherebbe il momento costitutivo degli effetti giuridici⁴⁰.

³⁹ Parte della dottrina ha evidenziato come la previsione di due momenti separati abbia l'intento di consentire che gli interessati abbiano come proprio referente solo il responsabile del procedimento e quindi un'unica amministrazione, lasciando che il confronto fra più enti resti un fatto endoprocedimentale. D'altra parte la giurisprudenza ha, invece, affermato che l'utilizzo del modulo procedimentale della conferenza di servizi non altera le regole che presiedono – in via ordinaria e generale – all'individuazione delle autorità emananti, con la conseguenza che l'impugnazione del provvedimento finale va notificata a tutte le amministrazioni che, nell'ambito della conferenza, hanno espresso pareri o determinazioni che la parte ricorrente avrebbe avuto l'onere di impugnare autonomamente, se fossero stati emanati al di fuori del peculiare modulo procedimentale in esame (cfr. Cons. St., IV, 2 maggio 2007, n. 1920); M. SANTINI, *Note sparse sulla giurisprudenza in tema di conferenza dei servizi*, *Urb. app.*, I, 2008.

⁴⁰ G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 608 ss.; G.B. CONTE, *I lavori della conferenza di servizi*, *ibidem*, 653 ss..

2.4 Gli accordi

L'istituto degli accordi, positivizzato in via generale con la l. 241 del 1990, si manifesta in due forme distinte: quello dell'accordo tra Amministrazione e privato⁴¹, disciplinato all'art. 11 della legge sul procedimento, e quello dell'accordo tra le Amministrazioni⁴², di cui all'art. 15.

L'esercizio consensuale della potestà amministrativa rappresenta uno strumento di semplificazione di rilevante innovatività, poiché, rispetto al tradizionale esercizio del potere amministrativo in forma unilaterale ed autoritativa, vede l'Amministrazione andare alla ricerca del consenso del privato o di altre Amministrazioni, (al fine di coinvolgere anche nella fase procedimentale interessi diversi rispetto a quelli tutelati dalla p.A. precedente e, soprattutto, al fine di ridurre il ricorso alle vie giudiziarie), in un'ottica maggiormente rispondente ai principi di democrazia e alla nuova conformazione della struttura sociale come pluralità di centri di potere.

⁴¹ N. BASSI, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 560 ss.; P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; G. PERICU, *L'attività consensuale della Pubblica amministrazione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI, MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2003; R. PROIETTI, *Gli accordi sostitutivi ed endoprocedimentali tra p.a. e privati*, in P. STANZONE, A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006.

⁴² G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 673 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; L. TORCHIA, *Gli accordi di programma tra regioni ed enti locali, una ipotesi di lavoro*, REG GL, 1990, 220.

Procedendo con la prima delle figure indicate, l'accordo tra p.A. e privato⁴³ rappresentava già prima dell'introduzione della legge n. 241 del 1990, un modello conosciuto⁴⁴ ma non trovava estesa applicazione principalmente in ragione del fatto che da esso non derivava alcun effetto vincolante per l'Amministrazione, la quale poteva ben disattenderne il contenuto adottando nel provvedimento una soluzione diversa da quella concordata con il privato⁴⁵.

In questo contesto, l'art. 11 della l. 241 del 1990 ha avuto una rilevanza sostanziale nel conferire agli accordi tra p.A. e privati una vera e propria efficacia giuridica, in modo che entrambe le parti risultano ora vincolate a rispettare l'impegno da queste assunto nell'accordo, restando salva la facoltà di recesso dell'Amministrazione per motivi di interesse pubblico.

A mente dell'art. 11 sono due le formule utilizzabili dalla p.A. per giungere all'accordo con il privato: una prima, in cui l'atto consensuale vale ad individuare il contenuto discrezionale del provvedimento che l'amministrazione dovrà poi adottare

⁴³ Cui si riconducono nella prassi ad es. le fattispecie della cessione volontaria in materia espropriativa e nella convenzione di lottizzazione, v. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, p. 1371 e ss.

⁴⁴ S. FANTINI, *Art. 11, l. n. 241 del 1990*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma 2010.

⁴⁵ Alla detta carenza di effetti propriamente giuridici aveva reagito, invero, la giurisprudenza amministrativa, la quale imponeva all'Autorità in sede pretoria quantomeno la necessità di utilizzare in modo trasparente il potere di discostarsi dall'accordo, attraverso una chiara esternazione in sede di motivazione delle ragioni che avevano indotto la p.A. ad agire diversamente da quanto concordato con il privato, v. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, pp. 1349-1351.

(accordo cd. endoprocedimentale), e una seconda, in cui questo sostituisce letteralmente il provvedimento finale (accordo cd. sostitutivo del provvedimento)⁴⁶.

Nell'impianto originario della l. 241/90 i due modelli non erano perfettamente fungibili, poiché, se gli accordi cd. endoprocedimentali godevano di un'applicazione potenzialmente generalizzata, la legge limitava la conclusione di accordi sostitutivi del provvedimento ai soli casi tassativamente previsti. La l. 15/2005, ispirata dalla finalità semplificativa e quindi di incentivazione dell'espressione del potere in via consensuale⁴⁷, ha avuto il merito di eliminare l'inciso previsto nella formulazione originaria dell'art. 11 e di parificare pertanto l'ambito applicativo⁴⁸ dei due modelli di accordo, in una logica di atipicità⁴⁹.

⁴⁶ Sul dibattito circa le differenze tra i due tipi di accordi vedi R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, pp. 931-932.

⁴⁷ Per un approfondimento sull'esercizio consensuale del potere amministrativo si v. S. LUPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, *Dir. amm.*, 2008, 691 ss.; G. PERICU, *L'attività consensuale della Pubblica amministrazione*, cit.

⁴⁸ Con riferimento all'area di operatività degli accordi amministrativi, e sul fatto che si applichi alla mera attività discrezionale o anche a quella vincolata e discrezionale-tecnica, V. Cons. St. sez. VI, 5 febbraio 2002, n. 2636 e Cons. St., sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344; v. N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, RTDP, 1997, 1 ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., p. 938.

⁴⁹ Da intendersi tuttavia in senso ristretto, dovendo l'accordo, quale forma espressiva di un potere pubblico, presentare i presupposti e i contenuti richiesti dalla legge, v. F. CARINGELLA, cit., p. 1352 ss.; v. inoltre G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi*, www.giustamm.it.

Per ciò che concerne la disciplina (la conclusione dell'accordo presupponendo in ogni caso che sia stato aperto un procedimento amministrativo⁵⁰) la legge 241/90 non ne contiene una completa descrizione, ma si limita ad indicare al co. 2 dell'art. 11 che “*si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*”, individuando, ai commi 2, 3 e 4-*bis*, alcune regole derogatorie del regime civilistico applicabile, volte proprio a tutelare il fine pubblicistico senz'altro da perseguire anche nel caso di esercizio dell'attività amministrativa in via consensuale (l'accordo deve essere concluso “*in ogni caso nel perseguimento di un pubblico interesse*”). Per vero, la previsione sostanziale della norma in questione è stata arricchita con la l. 15/2005, con cui, allo scopo di favorire l'attività consensuale della p.A., è stato inserito nell'art. 11 il comma 1-*bis*, secondo il quale il responsabile del procedimento può avviare una vera e propria trattativa, predisponendo un calendario di incontri ai quali invitare separatamente o congiuntamente il destinatario del provvedimento ed eventuali soggetti controinteressati.

Dalla lettura dell'art. 11, comma 2, emerge pertanto che gli accordi debbano essere stipulati in forma scritta a pena di nullità – in contrasto con il principio di libertà delle forme vigente in ambito privatistico –, allo scopo di consentire un controllo del rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa e della verifica della rispondenza dell'accordo all'interesse pubblico. Il comma 3 richiede, poi, che gli accordi sostitutivi siano assoggettati “*allo stesso tipo di controlli cui sono sottoposti i provvedimenti in luogo dei quali sono utilizzati*” e debbano essere preceduti da una “*determinazione dell'organo che sarebbe stato competente all'adozione dello stesso*”.

Inoltre, per ciò che concerne i rapporti con i terzi, l'accordo non può essere adottato in pregiudizio degli stessi, mentre il rispetto del vincolo di scopo pubblicistico è tutelato altresì in via generale dalla previsione di una disciplina procedurale specifica, assimilabile a quella che conduce all'adozione di un provvedimento autoritativo, e dalla

⁵⁰ V. F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.

peculiare disciplina del recesso, esercitabile dalla p.A. ai sensi del comma 4 dell'art. 11 (vedi *infra*).

La contaminazione tra regole di diritto privato e norme di diritto pubblico derogatorie del regime civilistico ha comportato il sorgere di una dibattuta questione interpretativa concernente la natura giuridica degli accordi *de quo*.

Secondo una prima tesi si tratterebbe di contratti di diritto comune⁵¹ dai quali originano posizioni giuridiche di diritto/obbligo, con cui l'Amministrazione esercita la sua autonomia negoziale – seppur con alcune regole speciali – senza spendita di alcun potere pubblicistico⁵². Secondo differente impostazione, invece, gli accordi costituirebbero esercizio di un pubblico potere in forma consensuale⁵³.

Il dibattito è produttivo di una serie di conseguenze, a seconda che si accolga l'una o l'altra tesi in confronto, in particolare sul tema dell'esercizio dell'autotutela

⁵¹ V. G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.

⁵² Sugli argomenti sottesi alla prima ed alla seconda tesi, v. R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., pp. 939 ss. e F. CARINGELLA, cit., pp. 1356 ss.

⁵³ Tra gli altri, v. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 508.

pubblicistica⁵⁴, su quello del regime dell'invalidità applicabile⁵⁵, sullo spettro delle norme civilistiche applicabili agli accordi e, specialmente, sui rimedi per contrastare l'inadempimento dell'Amministrazione⁵⁶.

E' opportuno sottolineare che le distanze tra le due tesi sin qui esaminate si sono progressivamente ridotte alla luce dell'abbattimento del dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi e, in particolare, dell'ammissione di un sindacato del g.a. sulla fondatezza della domanda del privato⁵⁷.

⁵⁴ Secondo la tesi dell'autonomia negoziale l'Amministrazione – oltre al rimedio del recesso previsto espressamente dall'art. 11 – non può esercitare nessun altro potere di autotutela “pubblicistica” per liberarsi dal vincolo consensuale né di autotutela privatistica (poiché eccezionale nel sistema civile), ma potrà soltanto rivolgersi all'autorità giudiziaria per far valere gli eventuali vizi dell'atto consensuale. L'adesione alla posizione secondo la quale l'accordo costituirebbe esercizio, seppur consensuale, di un potere pubblico comporta invece che alla p.A. sia consentito utilizzare, oltre allo strumento del recesso ex art. 11, anche l'annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-*nonies* dell'accordo illegittimo.

⁵⁵ L'asserita patologia dell'accordo secondo la prima tesi si manifesterà nelle forme civilistiche della nullità, dell'annullamento e rescissione. Al contrario, la posizione pubblicistica ritiene che il regime dell'invalidità dell'accordo sia riconducibile ai vizi dell'atto amministrativo di cui all'art. 21-*octies*.

⁵⁶ Nella prima ipotesi il privato, in caso di violazione degli obblighi assunti in via consensuale, potrebbe esercitare un'azione di esatto adempimento o di risoluzione; nell'ambito di questa ricostruzione ci si interroga, altresì, sulla possibilità di ammettere il rimedio dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. Diversamente opinando, questi sarebbe tenuto ad impugnare davanti al g.a. il provvedimento difforme dall'accordo per eccesso di potere (nel termine di decadenza) e ad attivare il rimedio del ricorso avverso il silenzio-rifiuto.

⁵⁷ Anche accogliendo la posizione pubblicistica, infatti, si ammette la possibilità del privato di chiedere la tutela risarcitoria di fronte all'inadempimento degli obblighi assunti dall'Amministrazione, come anche quella di domandare all'autorità giudiziaria un'azione di condanna

I maggiori dubbi ermeneutici persistono, in ogni caso, sulla figura del recesso unilaterale previsto dal comma 4 dell'art. 11, a mente del quale la p.A. può recedere dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, salvo l'obbligo di corrispondere un indennizzo al privato eventualmente danneggiato⁵⁸.

Il nuovo art. 133, co.1, lett. a), che riproduce la disposizione precedentemente prevista al co. 5 dell'art. 11, dispone infine che le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo siano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁵⁹.

Con riferimento agli accordi tra pubbliche Amministrazioni, com'è noto, il modello normativo generale si trova nell'art. 15 della l. 241/1990 mentre la più importante figura tipica, ovvero il c.d. accordo di programma, è contenuta nell'art. 34 d.lgs. 267 del 2000 (T.U. enti locali). Anche in questa ipotesi l'esigenza semplificativa è evidente e si

ad eseguire quanto contenuto nell'accordo, trattandosi di tipica figura di auto-vincolo, v. F. CARINGELLA, cit., pp. 1362-1363.

⁵⁸ Secondo la tesi dell'esercizio consensuale del potere, il recesso rappresenterebbe un atto di autotutela pubblica, cui sarebbero applicabili tutte le norme in materia di partecipazione; accogliendo la posizione privatistica, invece, sarebbe un'estrinsecazione della norma generale dell'art. 1373 c.c. v, L. MONTEFERRANTE, *Ai confini del diritto pubblico: revoca e recesso nella legge sul procedimento amministrativo*, in *Il corriere del merito*, 3/2006, 367.

⁵⁹ Questo riferimento normativo è stato per vero utilizzato da coloro che propendono per la posizione pubblicistica, perché la sua giustificazione costituzionale consisterebbe, seguendo la giurisprudenza della Corte delle Leggi, in un ambito in cui l'Amministrazione esercita comunque un potere pubblico, sebbene con moduli consensuali. Per un approfondimento su accordi e giurisdizione esclusiva e sulla legittimità costituzionale di questa scelta, v. N. BASSI, cit. in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit. e R. GAROFOLI, G. FERRARI, cit., pp. 956 ss..

riconnette, come per ciò che concerne la conferenza di servizi, ai vantaggi connessi a un esercizio in collaborazione di attività di interesse comune⁶⁰.

Se però l'art. 34 disciplina dettagliatamente l'accordo, indicando – tra l'altro – quali Amministrazioni possono esserne parti ovvero le specifiche modulazioni del procedimento, l'art. 15 non dà indicazioni precise a riguardo, limitandosi a rinviare ai commi 2, 3 e 5 dell'art. 11 l. 241/1990. Si prevede pertanto anche in questa ipotesi l'obbligo di osservare la forma scritta a pena di nullità, si applicano nei limiti di compatibilità i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti e gli accordi sono sottoposti allo stesso regime di controlli ai quali sono sottoposti i provvedimenti amministrativi che sostituiscono.

Dubbi sono sorti, peraltro, in riferimento al mancato richiamo al comma 4 dell'art. 11, che, come in precedenza osservato, disciplina il recesso unilaterale per sopravvenute ragioni di interesse pubblico⁶¹.

Anche in presenza di accordi tra pp.AA., infine, la giurisdizione è affidata in via esclusiva al giudice amministrativo, secondo quanto disposto dal già citato art. 133, lett. a), n. 2.

⁶⁰ Per un approfondimento, S. LUPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, *Dir. amm.*, 2008, 691 ss..

⁶¹ Secondo una prima tesi (che si connette all'impostazione pubblicistica) l'omesso collegamento non impedirebbe alla p.A. di esercitare i consueti poteri di autotutela pubblicistica. Si discute, nell'ambito di questo orientamento, se l'Amministrazione possa recedere senza i limiti della sopravvenienza dei motivi né dell'indennizzo ovvero debba rispettare le norme contenute nella 241/1990. Seguendo un'altra posizione ricostruttiva, invece, il mancato richiamo al comma 4 comporterebbe che l'Amministrazione, avendo stipulato un contratto di natura privatistica, non può sciogliersi unilateralmente dal vincolo, salvo che per mutuo dissenso o per via giudiziaria, qualora l'accordo sia viziato, v. F. CARINGELLA, cit., p. 1373.

2.5 L'autocertificazione

Con l'istituto dell'autocertificazione⁶², finalizzato al perseguimento della semplificazione amministrativa e del miglioramento del rapporto tra amministratori e amministrati, il privato è sgravato dall'onere di certificare determinati requisiti e dati ai fini del conseguimento di un certo atto, essendo per la p.A. sufficiente una sua dichiarazione (corredata da un minimo livello di formalismo)⁶³.

L'art. 18 della l. 241 del 1990 detta i canoni generali in relazione a quei momenti procedurali dell'informazione storica e valutativa sui c.d. "fatti semplici", consistenti nella specie tanto in certificazioni quanto in altre tipologie di atti dichiarativi che non sono certificati (tra cui, anche le dichiarazioni sostitutive) e che l'amministrazione decidente deve apprezzare ai fini dell'adozione del provvedimento finale⁶⁴.

Tale norma, nella sua formulazione originaria, prevedeva una modalità di azione scandita in due passaggi fondamentali. Un primo – comma 1 –, in cui (tendendo conto dello scarso livello di informatizzazione dell'epoca) il legislatore individuava nelle

⁶²G. BARTOLI, *L'autocertificazione: confronto tra la legge 15/1968 e la legge 241/1990*, Rimini, 1993; A. BENEDETTI, *Certificazioni "private" e pubblica fiducia*, in F. FRACCHIA e M. OCCHIENA (a cura di), *Certificazioni tra poteri pubblici e iniziativa privata*, Milano, 2006; M. OCCHIENA, *L'autocertificazione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 728 ss.; C. TAGLIENTI, *Trasparenza dell'atto amministrativo*, www.giustizia-amministrativa.it; D. VAIANO, *Commento art. 18*, in *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, Roma, 2010, 442 ss.;

⁶³ Ben distinta dall'autocertificazione è, tuttavia, la regola dell'acquisizione d'ufficio dei documenti necessari all'istruttoria procedurali, v. M. OCCHIENA, cit..

⁶⁴ N. DONATO, *L'autocertificazione tra certezza e semplificazione*, *Dir. e proc. amm.*, 2009, 201 ss.; M. IMMORDINO, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale – Il caso dell'autocertificazione*, *Nuove Autonomie*, 2008, 603 ss..

autocertificazioni e nella documentazione mediante esibizione *ex lege* 15/1968 gli istituti sia per semplificare i processi decisionali pubblici, sia per evitare ai cittadini di doversi continuamente sottoporre a lunghe e onerose (specialmente in termini di tempo) code agli sportelli per ottenere certificati. Un secondo *step* – commi 2 e 3 –, in cui, da un lato l'interessato avrebbe dovuto soltanto dichiarare (e non più autocertificare) fatti, stati e qualità attestati in documenti già in possesso della stessa o di altra pubblica amministrazione, gravando sull'ente procedente il dovere di provvedere d'ufficio all'acquisizione di tali documenti, dall'altro sarebbe spettato sempre al responsabile del procedimento il dovere di accertare d'ufficio quei fatti, stati e qualità che “*la stessa amministrazione procedente o altra pubblica amministrazione è tenuta a certificare*”.

Con la novella del 2005 (d.l. 35/2005, convertito in l. 80/2005), questa impostazione trova conferma nel riscritto comma 2, che tuttavia eleva l'acquisizione d'ufficio dei documenti (ma la prassi applicativa è alquanto diversa) a regola generale quanto alle modalità di conduzione dell'istruttoria procedimentale, sì da rendere del tutto eccezionale – e comunque sintomatico di inefficienze organizzative – il ricorso all'autocertificazione.

Sebbene la l. 15/1968⁶⁵ sia stata da tempo abrogata, merita ricordare che tale legge (senza dubbio precorritrice dei tempi ma rimasta pressoché inapplicata per oltre un ventennio) prevedeva che il cittadino potesse produrre alle pubbliche amministrazioni tre distinte categorie di autocertificazioni: le dichiarazioni sostitutive di certificazioni, le dichiarazioni temporaneamente sostitutive di certificazioni e, infine, le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà. Tali fattispecie erano, tuttavia, tutte accomunate dalla

⁶⁵ G. BARTOLI, *L'autocertificazione*, cit.

necessità di autenticazione della firma, formalità che aveva impedito di fatto di conseguire il fine di ridurre gli oneri gravanti in capo ai cittadini e semplificare l'attività degli uffici⁶⁶.

L'illustrato quadro delle autocertificazioni fu profondamente mutato dalla "rivoluzione semplificatrice" cristallizzatisi nella c.d. "legge Bassanini-*bis*", la l. 127/1997 e, in particolare, negli artt. 1, 2 e 3 della stessa (poi modificati dalla l. 191/1998, c.d. "legge Bassanini-*ter*") e nel relativo regolamento, il d.P.R. 403/1998.

In particolare, la disciplina risultante da questi testi normativi ha avuto senz'altro il merito di avere definitivamente decretato la piena operatività delle autocertificazioni, il che avvenne soprattutto grazie all'abrogazione⁶⁷ dell'obbligo di autenticazione della sottoscrizione dell'attestante (rispettivamente, per le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e per quelle sostitutive dell'atto di notorietà).⁶⁸ Ciò non ha però comportato il venir meno di qualsiasi elemento di riscontro formale per tali atti. Infatti, abrogata l'autenticazione della firma, l'art. 2, commi 10 e 11, l. 191/1998, ha però prescritto che nelle dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà la sottoscrizione dovesse essere apposta alla presenza del funzionario preposto a ricevere la relativa documentazione/pratica, oppure

⁶⁶ Ciò per la semplice ragione che l'autentica della firma finì con il rimpiazzare la coda allo sportello pubblico per procurarsi il certificato con quella per ottenere l'autenticazione della firma v. M. OCCHIENA, cit..

⁶⁷ Nell'art. 3, comma 10, l. 127/1997, e nell'art. 2, commi 10 e 11, l. 191/1998.

⁶⁸ In luogo dell'autentica, l'art. 3, d.P.R. 403/1998, ha previsto che le dichiarazioni sostitutive di certificazioni fossero rese contestualmente all'istanza e sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto, mentre la legge Bassanini-*ter* ha eliminato l'obbligo di autenticazione anche per le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà.

che tali atti dichiarativi fossero presentate unitamente a fotocopia anche non autenticata, di un documento di identità del firmatario⁶⁹.

L'evoluzione legislativa e regolamentare in materia di autocertificazioni è stata definitivamente compendiata nella sezione V ("Norme in materia di dichiarazioni sostitutive") del capo III ("Semplificazione della documentazione amministrativa"), d.P.R. 445/2000 ("Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa").

Quanto alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni l'art. 46 stabilisce che esse possono essere rese anche contestualmente all'istanza per comprovare "*in sostituzione delle normali certificazioni i seguenti stati, qualità personali e fatti*" indicati tassativamente dalla norma⁷⁰.

In relazione alle dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, l'art. 47, d.P.R. 445/2000, cit., ribadisce invece che esse possono essere utilizzate per attestare riguardare sia "*stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato*" (comma 1), sia "*stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza*" (comma 2). Il comma 3 prevede che, salvo espressa preclusione di legge, nei rapporti con gli enti pubblici e i concessionari di pubblici servizi le qualità personali e i fatti che non sono oggetto di atti di certazione possono essere comprovati dall'interessato mediante dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà.

⁶⁹ Il regolamento del 1998 stabilì inoltre l'importante regola per cui le dichiarazioni sostitutive (di certificazioni e dell'atto di notorietà) "hanno la stessa validità temporale degli atti che sostituiscono" (art. 6). Inoltre, non può passare in secondo piano la fondamentale riforma apportata dalla l. 127/1997 e dal d.P.R. 403/1998 con riguardo alla previsione inerente la responsabilità dei dipendenti pubblici in ipotesi di mancata accettazione delle autocertificazioni.

⁷⁰ Tra le altre, data e luogo di nascita, cittadinanza, godimento dei diritti civili e politici, titolo di studio, qualifica professionale o situazione reddituale o economica.

Quanto ai limiti di impiego, ai sensi dell'art. 49 e salvo diverse disposizioni speciali, le dichiarazioni sostitutive non possono però sostituire i *“certificati medici, sanitari, veterinari, di origine, di conformità CE, di marchi o brevetti”*.

Il d.P.R. 445/2000 delinea altresì un regime di responsabilità che si estrinseca nelle responsabilità in capo al dichiarante e in quelle gravanti sull'Amministrazione e funzionario pubblico.

Con riferimento alle prime, l'art. 76, d.P.R. cit., statuisce che chiunque rilascia dichiarazioni mendaci, forma atti falsi o ne fa uso *“è punito ai sensi del codice penale e delle leggi speciali in materia”*: in particolare, le fattispecie incriminatrici sono quelle della falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico (art. 483 c.p.)⁷¹, delle false dichiarazioni sull'identità o su qualità personali proprie o di altri (art. 496 c.p.) e della falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri (art. 495 c.p.)⁷². Oltre alle conseguenze penali, l'art. 75, d.p.r. 445/2000, dispone che qualora a seguito dei controlli sulle dichiarazioni sostitutive di cui si dirà a breve emerga non veridicità del contenuto di quanto attestato dal privato, *“il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera”*⁷³.

⁷¹ V. *ex multis*, Cass. pen., V, 26 novembre 2009, n. 2978, Ced Cass.; 16 aprile 2009, n. 25469, *ivi*; 25 novembre 2008, n. 6063, *ivi*; 2 ottobre 2008, n. 40374, *ivi*

⁷² Per tali ultimi due reati, si v. Cass. pen., V, 21 luglio 2009, n. 35447, Ced Cass.. Il comma 4 dell'art. 76, cit., prevede, inoltre, che se la falsa dichiarazione è resa per ottenere la nomina ad un pubblico ufficio o l'autorizzazione all'esercizio di una professione o arte, *“il giudice, nei casi più gravi, può applicare l'interdizione temporanea dai pubblici uffici o dalla professione e arte”*.

⁷³ Questa norma è simmetrica con quanto stabilito dall'art. 21, l. 241/1990, secondo in caso di dichiarazione sostitutiva falsa o mendace resa in fattispecie in cui si applica la dichiarazione di inizio attività o il silenzio assenso, oltre alla punibilità ex art. 483 c.p. *“non è ammessa la conformatore”*

In tutte le ipotesi testé illustrate, l'art. 73 del t.u. prevede comunque che, salvo che ricorra dolo o colpa grave, le amministrazioni e i loro dipendenti *“sono esenti da ogni responsabilità per gli atti emanati, quando l’emanazione sia conseguenza di false dichiarazioni o di documenti falsi o contenenti dati non più rispondenti a verità, prodotti dall’interessato o da terzi”*.

Venendo adesso alla responsabilità stabilita per gli enti e i dipendenti pubblici, si annovera un duplice regime. Il primo attiene al dovere di effettuare i controlli sulle autocertificazioni rese dai privati. L'art. 71, d.p.r. 445/2000, statuisce il dovere per gli enti pubblici procedenti di effettuare *“idonei controlli”*: a) sempre e in ogni caso, quando sorgono fondati dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive; b) anche a campione, in tutti gli altri casi.

Il secondo regime di responsabilità *“pubblico”* riguarda invece i funzionari. Ribadendo le previsioni *ex lege* 127/1997 e d.P.R. 403/1998, l'art. 74, d.P.R. cit., sancisce che costituiscono violazione dei doveri d'ufficio sia la mancata accettazione delle dichiarazioni sostitutive di certificazione o di atto di notorietà *“rese a norma delle disposizioni del presente testo unico”*, sia la richiesta di certificati o di atti di notorietà allorché *“ci sia l’obbligo del dipendente di accettare la dichiarazione sostitutiva”*.

dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista” dagli artt. 19 e 20, l. ult. cit. Per alcune applicazioni della norma in esame, si v., ad esempio, TAR Toscana, sez. II, ord. 23 aprile 2008, n. 418, FT, 2008, 215; Cons. St., sez. VI, 21 febbraio 2008, n. 622, FA-CS, 2008, 557

2.6 Il silenzio-assenso

Con l'istituto del silenzio assenso⁷⁴ il legislatore ha inteso offrire una soluzione al problema dell'inerzia della Amministrazione, ovvero al "fatto" della mancata adozione del provvedimento finale nei procedimenti ad istanza di parte entro il termine certo e predeterminato di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990. L'istante ottiene, quindi, automaticamente l'utilità richiesta con la presentazione della richiesta alla Amministrazione in conseguenza di un meccanismo normativamente determinato (nei presupposti e nei limiti di applicazione) che porta alla produzione di un effetto legale equipollente a quello di un provvedimento favorevole.

Ad oggi questo meccanismo è quello ordinario e non ha bisogno pertanto di un'espressa previsione di legge per risultare applicabile, ciò grazie alla riscrittura in senso estensivo contenuta nel decreto legge n. 35 del 2005 convertito nella legge n. 80 del 2005⁷⁵. Da ultimo, il d.lgs. 59 del 2010, in attuazione della Direttiva europea sulla liberalizzazione

⁷⁴ M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 801 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 268 e ss.; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti*, in F.G. COCCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 1996; P.L. PORTALURI, *Note sulla semplificazione per silentium (con qualche complicazione)*, in www.giustamm.it.

⁷⁵ E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*, *Urb. e app.*, 2009; M.A. SANDULLI (a cura di), *Riforma della legge 241/90 e processo amministrativo*, *FA-TAR*, supplemento al n. 6/2005; R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005, 454 ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, (a cura di) CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 269 ss.; M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della pubblica amministrazione*, *Giust. civ.*, 1994, 485 ss..

dei servizi, nell’ottica di massima semplificazione nell’accesso al mercato di questi ultimi, dopo aver chiarito che “*ai fini del presente decreto, non costituisce regime autorizzatorio la dichiarazione di inizio attività (d.i.a), di cui all'articolo 19, comma 2, secondo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241*”(art. 8) e che “*nei limiti del presente decreto, l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie*” (art. 10, comma 1), ha configurato il regime autorizzatorio per le attività di servizi di cui esso si occupa come un’ipotesi meramente residuale, stabilendo, all’art. 17, che “*ai fini del rilascio del titolo autorizzatorio riguardante l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi di cui al presente decreto si segue il procedimento di cui all'articolo 19, comma 2, primo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241 [relativo alla d.i.a., oggi s.c.i.a.], ovvero, [ma unicamente] se così previsto, di cui all'articolo 20 della medesima legge n. 241 del 1990*” [relativo al silenzio-assenso], e che soltanto “*qualora sussista un motivo imperativo di interesse generale, può essere imposto che il procedimento si concluda con l'adozione di un provvedimento espresso*” (parentesi quadre aggiunte).

Abbandonata da tempo la ricostruzione del silenzio assenso in termini “attizi” sposata dalla dottrina più risalente⁷⁶, si conviene⁷⁷ oggi sulla riconducibilità del silenzio

⁷⁶ O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative: Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative*, GI, 1894, XLVI, 7 ss.;

⁷⁷ La dottrina, rilevando la contraddizione insita nel ricavare un atto di volontà dal mancato esercizio di un potere funzionalizzato, ha dapprima evidenziato come alla base del fenomeno c.d. del “silenzio” vi sia sempre e comunque il “fatto” della inerzia e con riferimento alle ipotesi di silenzio assenso ha inteso la inerzia quale fatto giuridicamente rilevante da cui la legge fa conseguire la produzione di effetti giuridici equivalenti all’efficacia del provvedimento di accoglimento. In sostanza si profilerebbe una scissione tra il meccanismo di produzione degli effetti – che prescinde dalla sussistenza della volontà dell’atto – e la cura dell’interesse specifico, che rileva sotto il profilo della legittimità sostanziale dell’assetto degli interessi sotteso alla modifica della realtà materiale cagionata

assenso nell'ambito della più ampia categoria del silenzio "significativo" che si caratterizza per la sua idoneità a determinare la definizione legale del procedimento, ancorché non a seguito dell'esercizio della funzione amministrativa⁷⁸.

In ogni caso il conferimento di valore legale tipizzato all'inerzia e la conseguente produzione degli effetti equivalenti al provvedimento favorevole è da ritenersi subordinata (e la giurisprudenza sul punto ormai è consolidata) alla conformità della istanza alla legge e al ricorrere di tutti i requisiti in essa previsti⁷⁹.

dagli effetti medesimi, v. F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985.

⁷⁸ Nonostante il superamento della qualificazione del silenzio assenso in termini "attizi", in dottrina e giurisprudenza si sono affermate ricostruzioni differenti in relazione al meccanismo di produzione degli effetti giuridici favorevoli per l'istante. Da un lato, infatti, vi è stata la tesi favorevole a ridurre la regola del silenzio assenso in un meccanismo di legittimazione *ex lege*, v. A. DE ROBERTO, *Silenzio assenso e legittimazione «ex lege» nella legge Nicolazzi*, D SOC, 1983, 163 ss.; dall'altro, si è affermata la tesi favorevole ad assegnare all'istituto del silenzio assenso (spogliato di ogni connotazione attizia appunto) una posizione intermedia tra la legge e la fattispecie concreta, in particolare tra quei "fatti giuridici" che sono "per volontà di legge, specificamente significativi, di volta in volta, di un diniego o di un assenso alla richiesta formulata dall'amministrato", v. A. M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, *Atti del XXVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione - Varenna*, Milano, 1985, 53 ss..

⁷⁹ V. TAR Lazio, Latina, sez. I, 3 marzo 2010, n. 204, e TAR Puglia, Lecce, sez. III, 3 marzo 2010, n. 676.

I limiti espressi alla applicazione generalizzata del silenzio assenso sono dettati nel comma 4 dell'art. 20⁸⁰.

In linea generale il comma 1 dell'articolo in commento esclude espressamente dall'applicazione del silenzio assenso i procedimenti diretti alla emanazione di atti di consenso che rientrano nel campo di applicazione della dichiarazione di inizio attività ex art. 19, l. n. 241 del 1990⁸¹.

Il comma in esame profila una serie di ipotesi nelle quali il campo di applicazione del silenzio assenso subisce alcune importanti eccezioni. La disciplina delineata nella norma in commento, recependo alcuni importanti orientamenti della giurisprudenza, esclude infatti l'applicabilità del regime di cui ai commi precedenti agli atti e ai procedimenti riguardanti talune materie c.d. "sensibili", riconducibili ai principi costituzionali di eguaglianza, solidarietà, tutela della persona, della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale-paesaggistico. Materie nelle quali, dunque, il silenzio non può valere come assenso ma (salvi i casi di silenzio rigetto) deve essere qualificato come inadempimento⁸².

⁸⁰ La disciplina è rimasta sostanzialmente inalterata dopo la novella del 2009 (l. 18 giugno 2009, n. 69) che si è limitata ad introdurre le materie dell' "asilo" e della "immigrazione" a mera specificazione e completamento di quella della "cittadinanza".

⁸¹ Secondo una parte della dottrina sarebbero esclusi i procedimenti che implicano accertamenti tecnici non sostituibili (abilitazioni) ovvero quelli in cui è previsto un contingente o comunque una disponibilità limitata del bene da concedere, v. G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, GA, 2007, 83 ss..

⁸² V. M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, cit. che richiamano N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimenti produttivi di effetti giuridici*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) F.G. SCOCA, cit., 479 ss..

Se dunque il silenzio-assenso risponde ad una logica giuridica di tutela di valori quali la semplificazione dell'azione amministrativa, in vista di una sua efficiente e rapida conclusione, la sua esclusione in ambiti tassativamente individuati risponde ad esigenze di salvaguardia dei beni da ritenersi sicuramente predominanti. La deroga al meccanismo di semplificazione *per silentium* opera, per espressa disposizione di legge, anche nelle ipotesi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali e nei 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 competenti⁸³.

La applicabilità generalizzata del silenzio assenso non ne comporta poi l'operatività in concreto in ogni caso. L'indizione della conferenza di servizi, infatti, ad opera della Amministrazione procedente, secondo quanto previsto dal comma 2 dell'articolo in commento, entro trenta giorni dalla presentazione della istanza impedisce la formazione del silenzio assenso. L'Amministrazione, dunque, valutando in concreto la complessità della fattispecie, conserva il potere di disporre la interruzione della operatività del silenzio assenso in favore di una decisione espressa che offra una valutazione effettiva degli interessi in gioco, incluse le “*situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati*” come recita il citato comma 2.

⁸³ Dall'esame della giurisprudenza amministrativa è dato rilevare come la regola sui limiti di generalizzazione del silenzio assenso ai procedimenti ad istanza di parte, individuata al comma 4, incontri un'applicazione assai rigorosa e tassativa da parte del giudice amministrativo che, nell'interpretazione della norma, ne limita la portata alla tipologia di atti strettamente individuati dalla norma, senza mai consentire l'estensione della deroga a casi analoghi o comunque tali da far presumere una possibile preclusione alla disciplina generale del silenzio-assenso (Cons. St., sez. VI, 29 dicembre 2008, n.6591, UA, 2009, 454 con il commento di BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio-assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*, UA, 2009, 454),

Il comma 5 dell'articolo in commento statuisce espressamente la applicazione al procedimento (che sarebbe destinato a concludersi con il silenzio assenso) della comunicazione dei motivi di non accoglimento della domanda ai sensi dell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990.

In sostanza dunque il responsabile del procedimento o la autorità competente, se indirizzati verso la non accoglibilità della istanza, per impedire la formazione del silenzio assenso (che come detto può avvenire soltanto con la formale adozione di un provvedimento di diniego) devono comunicare all'istante il preavviso di rigetto, determinando in tal modo la riespansione della (applicazione della) disciplina generale del procedimento e dunque la inapplicabilità del silenzio assenso⁸⁴.

Quale modo alternativo (al provvedimento) di conclusione del procedimento, peraltro, il silenzio assenso non dovrebbe poter essere posto nel nulla dalla adozione, successivamente al decorso del termine di conclusione del procedimento, di un provvedimento negativo, che, in quanto adottato in una situazione di maturata decadenza dalla *potestas decidendi*, va considerato invalido, in termini di illegittimità⁸⁵, se non addirittura di nullità⁸⁶.

Al contrario, una volta formatosi l'accoglimento implicito, l'Amministrazione potrebbe sempre intervenire su di esso in via di autotutela, dovendo tuttavia rispettare i requisiti previsti per l'esercizio di tale potere nelle norme della L. 241/90, e dunque nel

⁸⁴ V. M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, cit.; sul dibattito circa le conseguenze operative dell'espressa applicabilità dell'art. 10-bis l. 241/1990 v. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 643 e ss..

⁸⁵ V. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 7 giugno 2006, n. 1321.

⁸⁶ Per tale ultima tesi v. A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002.

pieno rispetto dei limiti (rigorosi) del potere di riesame e con il pieno rispetto delle garanzie partecipative⁸⁷.

2.7 La SCIA

L'istituto in questione è frutto di un recentissimo intervento del legislatore che (con l'art 49, comma 4 *bis*, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122) ha sostituito la denominazione “*dichiarazione di inizio attività*” (a sua volta sostitutiva dell'originaria “*denuncia di inizio attività*”) con la nuova “*segnalazione certificata di inizio attività*”, introducendo anche alcune modifiche sostanziali volte ad estendere l'ambito applicativo e a rendere più efficace lo strumento semplificativo⁸⁸, che, come già visto, ha assunto un'ancora più ampia portata in attuazione della Direttiva Bolkenstein⁸⁹. Come la precedente d.i.a., la s.c.i.a. favorisce l'obiettivo della semplificazione nel momento in cui sostituisce “*ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta*” con una mera segnalazione dell'interessato corredata dalle certificazioni (o

⁸⁷ V. Cons. St., sez. V, 20 marzo 2007, n. 1339; Id., sez. VI, 17 marzo 2009, n. 1578; Id., sez. VI, 25 settembre 2006, n. 5628; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 20 agosto 2007, n. 1971; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 5 febbraio 2007, n. 297.

⁸⁸ M. CLARICH, *Dalla Dia alla Scia: molto rumore per nulla*, www.fiere24.ilsole24ore.com; F. DORO, *Dia e Scia*, Padova, 2010; R. BALASSO, *La segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) e la discrezionalità amministrativa*, www.tecnosus.it; N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 749 ss..

⁸⁹ M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, cit..

autocertificazioni) necessarie, consentendo al privato l'immediato inizio dell'attività e riservando all'amministrazione un mero controllo successivo volto a verificare l'esistenza effettiva dei presupposti di legge. In questo modo mentre si elimina tutta la fase procedimentale vera e propria, trasferendo in un momento successivo all'avvio dell'attività la fase della verifica, allo stesso tempo si responsabilizza maggiormente il cittadino, gravato dall'onere di accertare ed affermare l'esistenza dei requisiti.

Sebbene l'ambito di applicabilità dell'istituto sia stato notevolmente esteso con gli ultimi interventi normativi, anche in questo caso il legislatore pone una tutela rafforzata per determinati interessi sensibili di rango costituzionale, espressamente escludendo l'operatività della segnalazione per gli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte – tra l'altro – alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo e alla cittadinanza.

Una volta iniziata l'attività, l'amministrazione ha a disposizione il termine di sessanta giorni per procedere alla verifica della segnalazione (e dei documenti correlati). Il controllo può avere esito positivo, nel qual caso non vi sarà emissione di alcun provvedimento, né comunicazione al privato, ovvero negativo, a seguito del quale la p.A. deve inibire la prosecuzione dell'attività segnalata e ordinare la rimozione degli effetti eventualmente prodotti, salva la facoltà di regolarizzazione entro un ulteriore termine all'uopo concesso.

Trascorsi i sessanta giorni la p.A. può incidere sull'attività: a) attraverso i poteri di autotutela già ricordati a proposito del silenzio-assenso; b) sempre ed in ogni tempo mediante procedura interdittiva quando l'attività sia stata intrapresa sulla base di dichiarazioni sostitutive di certificazioni o atti di notorietà falsi e mendaci; c) sempre con procedura interdittiva, se vi sia pericolo di danno per il patrimonio artistico e cultura, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale, previo *“motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante la conformazione della attività dei privati alla normativa vigente”*.

Con riferimento all'istituto della d.i.a. prima e della s.c.i.a. ora, si è posta nella dottrina e nella giurisprudenza italiana la questione circa la natura giuridica di tale meccanismo di semplificazione, e, conseguentemente, quella delle differenze o delle analogie di quest'ultimo con il già analizzato istituto del silenzio assenso⁹⁰.

Sul campo si confrontano due tesi e l'adesione ad una o all'altra comporta conseguenze rilevanti (specie riguardo alla tutela del terzo controinteressato).

Secondo una prima posizione ermeneutica la d.i.a. (ora s.c.i.a.) non sarebbe uno strumento di semplice semplificazione procedimentale, quanto di liberalizzazione di determinate attività private avente carattere soggettivamente e oggettivamente privato, il cui esercizio è riconosciuto senza che sia richiesto un vaglio della p.A. In questo senso l'istituto si differenzia nettamente dal silenzio-assenso, che presuppone al contrario un provvedimento tacito favorevole e si estrinseca quindi in un mero meccanismo semplificativo di tale vaglio compiuto dall'amministrazione. A tale ricostruzione (confermata come si è visto dal d. lgs. n. 59 del 2010) si oppone però un secondo orientamento, a mente del quale la d.i.a. (ora s.c.i.a.) sarebbe assimilabile ai provvedimenti taciti, nei quali l'amministrazione conserva un potere autorizzatorio. Esso quindi non sarebbe uno strumento di liberalizzazione, ma rappresenterebbe una semplificazione procedimentale; aderendo a tale teoria diventano tuttavia ben più sfumati i confini dell'istituto in questione con quello del silenzio-assenso⁹¹.

Un terzo orientamento ha infine cercato di risolvere l'indubbia contraddittorietà del sistema proponendo una soluzione sostanzialmente compromissoria, anche se proprio per questo non perfettamente rigorosa, secondo la quale il legislatore del 2005, nel richiamare il potere di autotutela, più che prendere posizione sulla natura giuridica

⁹⁰ F. VETRÒ, *Il Consiglio di Stato fa il punto sulla natura giuridica della Dia*, www.giustamm.it; G. MANNUCCI, *La necessità di una prospettiva obbligatoria per la tutela del terzo nel modello della dia*, *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1079 ss..

⁹¹ G. MORBIDELLI, *In tema di d.i.a. e di d.i.a. nuova*, www.giustamm.it.

dell'istituto, avrebbe essenzialmente voluto chiarire che, anche dopo la scadenza del termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio, l'amministrazione conservi un potere residuale, da intendere, però, come autotutela *sui generis*, che si differenzia dalla classica autotutela decisoria proprio per ciò che non implica un'attività di secondo grado insistente su un precedente provvedimento amministrativo⁹². Il riferimento agli artt. 21-*quinqüies* e 21-*nonies* della l. n. 241/90, confermato anche dalla l. n. 122/2010 sarebbe quindi compatibile con la tesi che costruiva la d.i.a. (e oggi di conseguenza costruisce la s.c.i.a.) come *un atto del privato*, dal quale non si sviluppa alcun provvedimento tacito di assenso: i poteri di autotutela invocati dall'art. 19 (nelle diverse versioni a partire dal 2005) consisterebbero, infatti, soltanto nel potere di adottare, anche successivamente alla scadenza del termine ordinario, i normali atti di esercizio del potere inibitorio e/o repressivo, condizionati, però, come appunto l'annullamento d'ufficio, alla sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto, ulteriore e diverso rispetto a quello volto al mero ripristino

⁹² Del resto, come correttamente messo in risalto dalla dottrina che si è più recentemente occupata del tema, mentre il richiamo all'art. 21-*nonies* (relativo all'annullamento d'ufficio) ha la logica di circoscrivere l'intervento tardivo della p.A. negli stessi limiti dell'annullamento d'ufficio e dunque entro un ragionevole lasso di tempo, dopo adeguata valutazione degli interessi in conflitto e in presenza di ragioni di interesse pubblico, maggiori perplessità pone il richiamo all'art. 21-*quinqüies*, atteso che presupposto dell'esercizio del potere di revoca è la rinnovata valutazione dell'assetto di interessi da parte dell'amministrazione autrice del provvedimento, in relazione alla situazione contingente, nell'ambito della quale quest'ultimo produce i suoi effetti: circostanza che risulta affatto difficile configurare in una situazione in cui l'interesse pubblico non è mai stato previamente valutato: cfr. N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, cit..

della legalità violata e al bilanciamento dei diversi interessi⁹³. La tesi, pur apprezzabile per lo sforzo ricostruttivo, non appare però conciliabile né con il dato letterale della norma, né con l'autonoma disciplina del potere sanzionatorio dettata dall'art. 21, che non prevede alcun limite all'applicazione delle sanzioni più gravi per le attività illecitamente intraprese.

Restava, peraltro, il problema della tutela del terzo, per il quale il Consiglio di Stato⁹⁴ aveva, a sua volta, recentemente proposto una soluzione di compromesso, che, nel confermare l'inaccettabilità della tesi che qualifica la d.i.a. come atto produttivo di un provvedimento di assenso implicito, riconosceva piuttosto nella d.i.a. (oggi s.c.i.a.) uno strumento di liberalizzazione delle attività economiche private, con la conseguenza che per l'esercizio delle stesse, diversamente da quanto si verifica per le attività soggette al regime del silenzio-assenso (significativamente disciplinato da un diverso articolo) non è più necessaria l'emanazione di un titolo provvedimentale di legittimazione⁹⁵.

Con riferimento alla tutela del terzo, la medesima giurisprudenza aveva costruito e ammesso un'azione di accertamento "atipica", proponibile direttamente mediante ricorso,

⁹³ Cons. St., sez. V, 19 giugno 2006, n. 3586; in dottrina, F. LIGUORI, *Osservazioni sulla funzione e sulla disciplina delle dichiarazioni di inizio di attività edilizia*, in A. ROMANO, F.G. SCOCA, E. CASSETTA (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Padova, 109 ss.; F. GAFFURI, *La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla L. n. 241 del 1990: considerazioni sulla natura dell'istituto*, *Dir. amm.*, 2007, 369 ss., anche per ulteriori richiami bibliografici.

⁹⁴ Cfr. la notissima e pluricommentata sentenza Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, confermata da Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139.

⁹⁵ Analogamente, a favore della tesi che costruisce la d.i.a. come atto di diritto privato, non assimilabile al silenzio-assenso, che si forma invece sulla richiesta di un provvedimento autorizzatorio all'amministrazione competente, cfr. anche le già richiamate Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139 e, pur non prendendo posizione sul tipo di azione proponibile (annullamento o accertamento conformativo), Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2558.

senza necessità di previa sollecitazione del potere inibitorio (e conseguente contestazione del suo mancato esercizio), diretto ad accertare l'esistenza o inesistenza dei presupposti per l'avvio dell'attività con mera dichiarazione/segnalazione; con la precisazione che la sentenza che accerta l'inesistenza dei presupposti della d.i.a. ha effetti conformativi nei confronti dell'Amministrazione, in quanto le impone di porre rimedio alla situazione nel frattempo venutasi a creare sulla base del predetto strumento, segnatamente di ordinare l'interruzione dell'attività e l'eventuale riduzione in pristino di quanto nel frattempo realizzato e che tale potere, in quanto volto a dare esecuzione al comando implicitamente contenuto nella sentenza di accertamento, deve essere esercitato a prescindere sia dalla scadenza del termine perentorio previsto dall'art. 19 per l'adozione dei provvedimenti inibitori-repressivi, sia dalla sussistenza dei presupposti dell'autotutela decisoria richiamati sempre dallo stesso articolo⁹⁶. Pur costruendo la posizione del controinteressato come mero interesse legittimo⁹⁷, la predetta giurisprudenza ha ritenuto che anche per quest'ultimo la garanzia costituzionale dell'effettività del diritto di difesa delle situazioni giuridiche soggettive impone di ammettere un'azione di accertamento autonoma, almeno in tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, essa risulti necessaria per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente.

Merita tuttavia segnalare che il d.lgs. n. 104 del 2010, recante il (primo) codice del processo amministrativo, nel confermare la giurisdizione esclusiva amministrativa nelle controversie in materia di dichiarazione di inizio di attività (art. 133, comma 1, n. 3: disposizione ripetuta per la s.c.i.a. nel nuovo testo dell'art. 19), all'art. 34, sotto il titolo "sentenza di merito", stabilisce espressamente che "in nessun caso il giudice può

⁹⁶ Cfr. testualmente Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2010 n. 2139.

⁹⁷ Per una forte e argomentata critica sul punto, cfr. O. FORLENZA, *In assenza di un potere conformativo della Pa l'istanza andrebbe proposta al giudice ordinario. Il terzo può esperire un'azione di accertamento per provare l'assenza dei presupposti della Dia*, Guida al diritto, 2009, fasc. 13, 96-111.

pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”, ciò che sembra evidentemente ostativo alla proposizione di un’azione di accertamento della conformità della s.c.i.a. secondo il modello proposto dalla surrichiamata giurisprudenza, riducendo nuovamente la tutela del terzo al ricorso avverso l’inerzia dell’amministrazione nell’esercizio del potere inibitorio/repressivo; ricorso subordinato purtroppo all’inutile decorso del termine per provvedere (durante il quale quindi l’illecito avvio dell’attività potrebbe avere già prodotto danni irreversibili agli operatori concorrenti), anche se ormai esperibile senza previa diffida e idoneo ad ottenere ad una pronuncia sulla fondatezza della pretesa (cfr. art. 117 del codice del processo amministrativo), che in questo caso, si sostanzia, di fatto, in un accertamento dell’illecito utilizzo della s.c.i.a. e nel conseguente obbligo della p.A. di assumere i poteri repressivi per l’attività intrapresa senza titolo, i quali, come effetto del giudicato, non dovrebbero incontrare i limiti dell’autotutela⁹⁸.

La questione della natura giuridica della s.c.i.a. e della tutela del terzo contro il suo illegittimo utilizzo è stata comunque rimessa all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato dalla recentissima ord.za Sez. IV, 15 gennaio 2011, n. 14.

3. ALTRI INTERVENTI DI SEMPLIFICAZIONE

Gli interventi diretti a snellire l’azione dell’amministrazione non si sono limitati alla previsione di istituti *ad hoc* da applicare nell’ambito delle serie procedurali, e non hanno coinvolto il solo Capo IV della legge sul procedimento amministrativo.

Esistono invece strumenti di semplificazione “trasversali”, che esulano dalla congerie delle misure strettamente procedurali (ovvero che non rientrano nella

⁹⁸ Sulla differenza tra il potere esercitato all’esito della decisione giurisdizionale che nega i presupposti per la d.i.a. e quello esercitabile in via di controllo o di autotutela cfr. Cons. St., VI, 15 aprile 2010, n. 2139, cit..

disciplina della legge n. 241 del 1990), ma che con esse si interrelazionano, consistendo in soluzioni che, se applicate al procedimento, ne determinano in concreto una semplificazione: tra queste, l'uso della telematica e il c.d. sportello unico.

3.1 L'uso della telematica

Da molti anni uno dei principali obiettivi perseguiti dal legislatore è quello di informatizzare le procedure amministrative, sfruttando i vantaggi dell'applicazione della telematica alle diverse fasi del procedimento, in modo da proiettare anche la pubblica amministrazione nella "società dell'informazione"⁹⁹.

In considerazione del fatto che informatizzare equivale a dire semplificare, e quindi dare applicazione al principio di efficienza, già con l'art. 2 della legge n. 421 del 1992 il legislatore delegava al Governo l'adozione di misure volte al completamento del processo di informatizzazione delle amministrazioni pubbliche e alla più razionale utilizzazione dei sistemi informativi automatizzati, al fine di migliorare l'efficienza dell'attività amministrativa e di implementare la produttività del pubblico impiego, nonché garantire l'interconnessione dei sistemi informatici pubblici.

Il Parlamento dava così un segnale forte nella direzione della necessità perentoria di un ammodernamento radicale delle procedure delle pubbliche amministrazioni, con particolare riguardo alle strumentazioni utilizzate: non più, dunque, obsolete dotazioni strumentali ma un'informatizzazione globale degli enti pubblici, condotta non per

⁹⁹ Lo stesso principio ha anche ispirato normative europee di settore (si pensi all'art. 8 della Direttiva Bolkestein).

compartimenti stagni, bensì sulla base del principio dell'interconnessione dei sistemi informativi delle varie amministrazioni¹⁰⁰.

Dopo l'adozione di successivi provvedimenti normativi dal contenuto meno consistente (tra cui la legge n. 340 del 2000), la necessità di ricorrere in modo generalizzato all'uso dello strumento informatico è stata ampiamente richiamata dal legislatore del 2005, che si è mosso su due diverse direttrici onde affermare l'esigenza di una pubblica amministrazione che faccia largo uso di adeguati sistemi telematici.

Per un verso è stato emanato il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82 del 2005, più volte integrato e modificato), un'opera generale di riordino che – sia con alcune dichiarazioni puramente programmatiche e di principio, sia con l'abbandono delle modalità amministrative più tradizionali – ha affrontato per la prima volta in modo organico il tema dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, nonché della disciplina dei fondamentali principi giuridici applicabili ai due strumenti oggi protagonisti del processo di innovazione tecnologico: il documento informatico e la firma digitale¹⁰¹.

Per altro verso la legge n. 15 del 2005 ha aggiunto al Capo I della legge sul procedimento amministrativo, dedicato ai principi, l'art. 3-*bis* che sollecita tutte le

¹⁰⁰ S. CACACE, *Codice dell'amministrazione digitale*, www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰¹ Di grande importanza è il comma 3 dell'articolo 2 del Codice in esame (rubricato appunto "finalità e ambito di applicazione"), ai sensi del quale, come già prevedeva l'art. 3 del d.P.R. n. 445 del 2000, le disposizioni concernenti la formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici, nonché quelle riguardanti la trasmissione informatica degli stessi documenti, si applicano anche ai privati. Inoltre, una parte non irrilevante della normativa (in particolare quella concernente l'accesso ai documenti informatici e la fruibilità delle informazioni digitali) si applica poi anche a soggetti formalmente privati ma in sostanza pubblici.

pubbliche amministrazioni a fare uso della telematica, incentivandone l'utilizzo tanto nei rapporti interni quanto nei rapporti con i privati.

La norma, di carattere meramente programmatico, ha funto da gancio per una serie di misure adottate dalle singole amministrazioni dirette a “dematerializzare” l'attività amministrativa, ma ha avuto complessivamente uno scarso successo dovuto soprattutto al livello delle tecnologie dell'informazione che necessitano di una nuova architettura finalizzata a rendere compatibili le regole della rete con le regole che governano gli organi e gli uffici amministrativi. In tal senso è stato rilevato una sorta di problema interno all'uso delle tecnologie dell'informazione nell'ambito del procedimento, dato dalla differenza tra il criterio che ispira l'organizzazione della rete digitale e quello che ispira l'organizzazione della pubblica amministrazione: mentre la rete sarebbe informata al criterio della cooperazione, la p.A. è informata al criterio della gerarchia o della competenza¹⁰², ragion per cui la compartecipazione procedimentale, se non accompagnata da misure atte a prevenire le distorsioni informative, finirebbe per rendere evanescente l'individuazione del soggetto che agisce in funzione del previsto riparto di competenze.

Qualche riflesso sul procedimento si può vedere: proprio in tema di compartecipazione procedimentale, ed in attuazione del principio espresso dal citato art. 3-*bis*, la recente legge n. 69 del 2009 ha nuovamente indirizzato la tecnica dei lavori delle pubbliche amministrazioni includendo nella disciplina relativa alla conferenza di servizi il riferimento alla telematica (art. 14-*ter*, comma 1, della l. n. 241/90: “la conferenza di servizi assume le determinazioni relative all'organizzazione dei propri lavori a maggioranza dei presenti e può svolgersi per via telematica”). E ha commisurato quest'ultima non soltanto al fisiologico adattamento dell'operato delle amministrazioni nell'“era digitale”, ma anche, concretamente, all'esigenza di semplificazione cui risponde in primo luogo l'istituto della conferenza di servizi.

¹⁰² Sul punto si veda il commento di F. CARDARELLI, *L'uso della telematica*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 421 ss..

Il tenore di un simile richiamo, e della novità che esso evidentemente rappresenta, sembra ridimensionarsi se si considera che già nel 2005 l'art. 14 della legge n. 241 del 1990 era stato dotato del comma *5-bis* (attualmente in vigore) ai sensi del quale “previo accordo tra le amministrazioni coinvolte la conferenza di servizi è convocata e svolta avvalendosi degli strumenti informatici disponibili”. Sul versante dell'informatizzazione, l'unico modo per accordare una qualche portata innovativa alla recente riforma dell'art. 14-*ter* è quello di evidenziarne il valore interpretativo per cui la norma sembra riportare al potere di auto-organizzazione della conferenza (da esercitarsi a maggioranza dei partecipanti) la decisione di avvalersi della telematica, in luogo del “previo accordo” previsto dal comma *5-bis* dell'art. 14 della legge n. 241 del 1990 che sembra invece indicare l'esistenza di una necessaria unanimità dell'accordo tra tutte le amministrazioni interessate.

3.2 Lo sportello unico

Di diverso ordine è l'altra “soluzione” che rientra tra le tecniche di semplificazione diverse dagli istituti procedurali in senso stretto: lo sportello unico.

Si tratta di uno strumento di semplificazione a carattere organizzativo che ha assunto particolare importanza nel settore delle attività produttive a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 112 del 1998 che ha previsto per tutti i procedimenti concernenti la realizzazione, l'ampliamento, la cessazione, la riattivazione, la localizzazione e la rilocalizzazione di impianti produttivi, un sistema centralizzato “al quale gli interessati si rivolgono per tutti gli adempimenti previsti” con la garanzia che “un'unica struttura sia responsabile dell'intero procedimento”. Si è cercato in tal modo di migliorare le *funzioni di assistenza* rese dal soggetto pubblico nei confronti delle imprese, consistenti nella raccolta e diffusione, anche in via telematica, delle informazioni concernenti l'insediamento e lo svolgimento delle attività produttive nell'area di appartenenza (su cui anche l'art. 3 del d.lgs. n. 447/98).

Il modello dello sportello unico è stato poi potenziato a seguito dell'adozione del decreto legge n. 112 del 2008 – recante, tra l'altre, “disposizioni urgenti per lo sviluppo

economico, la semplificazione, la competitività” – con cui si è data voce all’esigenza di diminuire i tempi d’entrata nel mercato (da cui il fortunato slogan “impresa in un giorno”, che ha formato la rubrica dell’art. 38 del citato d.l.) fortemente dilatati dalla necessità di acquisire documenti autorizzativi che le amministrazioni tardano ad evadere, in modo da evitare un eccessivo aggravio di costi, posti a carico dell’attività in avvio, causati proprio dalle lungaggini dell’amministrazione¹⁰³.

A ben vedere l’istituto ha conservato intatti i suoi connotati originari, non constando di effettive modifiche rispetto a quanto già previsto negli anni precedenti. La sua evoluzione si registra più sul piano dell’operatività che non su quello della struttura. È ipotizzabile che l’avvicinarsi di provvedimenti normativi riguardanti l’applicazione dello sportello unico abbia una finalità più marcatamente sollecitatoria nei confronti delle numerose amministrazioni restie ad attuare un simile assetto.

L’idea di un interlocutore istituzionale unico con cui i soggetti interessati possano dialogare per ottenere risposte in via semplificata, e soprattutto in tempi brevi, in ordine ad una attività o un servizio cui intendano dare corso ha trovato applicazione in molti Paesi dell’Unione europea¹⁰⁴, ed è stata generalizzata dalla stessa Comunità che ha adottato la Direttiva 123/2006/CE (c.d. direttiva servizi) con il proposito di raggiungere una maggiore competitività nel mercato dei servizi eliminando quegli ostacoli del mercato interno agli Stati membri “rappresentati dalla complessità, dalla lunghezza e dall’incertezza giuridica

¹⁰³ G. PIPERATA, *Lo sportello unico*, www.dejure.it; M. SGROI, *Lo sportello unico per le attività produttive: prospettive e problemi di un nuovo modello di amministrazione*, *Dir. amm.*, 2001, 1179 ss..

¹⁰⁴ In Spagna, dove molte Comunità autonome, in collaborazione con gli enti locali, hanno da tempo introdotto un sistema di sportelli unici, previsto poi in via generale dalla legge sul procedimento amministrativo; in Francia, dove sono stati istituiti i *Centres de formalités des entreprises* volti ad agevolare le piccole e medie imprese nei loro rapporti con le amministrazioni; in Gran Bretagna, dove il cosiddetto *one-stop shop* è sempre più diffuso.

delle procedure amministrative” (XXII considerando della direttiva)¹⁰⁵. A tal fine, in ragione di una modernizzazione delle buone pratiche amministrative a livello comunitario e nazionale, la direttiva stabilisce principi di semplificazione amministrativa, in particolare mediante l’introduzione, coordinata a livello comunitario, di un sistema di sportelli unici, nonché mediante la previsione di specifiche disposizioni riguardanti il diritto all’informazione, le procedure per via elettronica e la definizione di un quadro per i regimi di autorizzazione¹⁰⁶.

In tal senso la direttiva impone agli Stati membri di provvedere affinché un prestatore di servizi possa espletare presso punti di contatto centralizzati tutte le formalità necessarie per poter svolgere le sue attività di servizi (art. 6), senza che l’istituzione degli sportelli unici possa pregiudicare la ripartizione di funzioni e competenze tra le autorità all’interno dei sistemi nazionali (preoccupazione già avanzata dal legislatore italiano con l’entrata in vigore del d.lgs. n. 112/98).

La direttiva si prefigge altresì di implementare il sistema di assistenza alle imprese sotto il profilo delle informazioni che le stesse hanno il diritto di ricevere in ordine alle attività che sono in procinto di svolgere. Gli sportelli unici sono quindi tenuti a rendere informazioni circa i requisiti applicabili ai prestatori stabiliti sul territorio di uno Stato

¹⁰⁵ S. D’ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, 2009; si veda anche R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l’ordinamento comunitario. Relazione per il 55° Convegno di Studi di Varenna*, nella quale si osserva che “nel passato l’ordinamento comunitario è stato più attento a valorizzare forme di semplificazione procedimentale, idonee a ridurre gli oneri posti a carico delle imprese e i tempi di durata delle procedure, mentre è stato “freddo”, se non addirittura contrario, rispetto a strumenti di semplificazione delle conclusioni del procedimento diretti ad esonerare l’amministrazione dall’obbligo di adottare un provvedimento espresso”.

¹⁰⁶ T. DE LA QUADRA, F. DEL CASTILLO SALCEDO, *La direttiva sui servizi e la libertà d’impresa*, *FATAR*, 2010, 1904 ss..

membro, i dati necessari per entrare direttamente in contatto con le autorità competenti, i mezzi e le condizioni di accesso alle banche dati e ai registri pubblici, i mezzi di ricorso esistenti in caso di controversie (art. 7). Tutte queste informazioni (rispetto alle quali l'autorità amministrativa ha anche un obbligo di aggiornamento) devono essere fornite con la massima sollecitudine, in un linguaggio semplice e comprensibile, chiaro e non ambiguo, e devono essere facilmente accessibili anche a distanza e per via elettronica.

Sempre sotto il profilo dell'assistenza, è previsto che gli sportelli unici – o altri organismi quali i punti di contatto della rete dei centri europei dei consumatori – si preoccupino di fornire informazioni anche ai soggetti destinatari dei servizi, con particolare riguardo alle informazioni concernenti i requisiti di accesso alle attività di servizi connessi con la tutela dei consumatori, gli strumenti messi a disposizione dai singoli ordinamenti in caso di controversia con il soggetto prestatore, nonché i dati delle organizzazioni presso le quali è possibile ottenere assistenza pratica.

Il nostro d.lgs. n. 59 del 2009 ha dato attuazione alla “direttiva servizi” ed ha pressoché mantenuto invariato l'impianto della normativa comunitaria, anche mediante l'esplicito richiamo delle disposizioni interne che già regolavano il funzionamento degli sportelli unici¹⁰⁷.

Se si considerano tutti questi elementi diventa evidente che la novità contenuta nella direttiva, e nel connesso strumento interno di attuazione, deve essere individuata non tanto nella costituzione di strumenti semplificativi nuovi (essendo questi già ampiamente previsti dai singoli ordinamenti nazionali) ma piuttosto in funzione di un fattivo coordinamento che gli Stati membri devono assicurare tra le diverse strutture amministrative interne competenti.

¹⁰⁷ È giusto il caso di rilevare che l'art. 25, comma 4, del d.lgs. n. 59 del 2009 ha disposto che per i comuni che non hanno istituito lo sportello unico, ovvero nei casi in cui esso non risponde ai requisiti di cui all'articolo 38, comma 3, lettere a) e *a-bis*), del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, l'esercizio delle relative funzioni è delegato, anche in assenza di provvedimenti espressi, alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

Detto obiettivo, che si dimostra complesso se non altro sotto il profilo dei livelli di competenze che possono interessare l'attività di erogazione di un servizio, deve essere perseguito mediante l'adattamento delle norme interne alle regole messe a punto dal legislatore comunitario, in conformità con i principi costituzionali che regolano il riparto di competenze.

In questo senso è stato da ultimo approvato il d.lgs. n. 160 del 2010 ("Regolamento per la semplificazione ed il riordino della disciplina sullo sportello unico per le attività produttive, ai sensi dell'articolo 38, comma 3, del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008 n. 133") che, uniformando la disciplina dello sportello unico, ha abrogato il d.lgs. n. 447 del 1998 ed avrà efficacia dal 29 marzo 2011 per la parte relativa all'organizzazione dello sportello unico per le attività produttive e all'avvio del procedimento automatizzato obbligatorio previsto nei casi di applicabilità della s.c.i.a., e dal 1 ottobre 2011 per la parte relativa al procedimento unico ordinario di autorizzazione per le attività produttive.

Tale regolamento individua nello sportello unico per le attività produttive (SUAP) l'unico soggetto pubblico di riferimento per tutti i procedimenti che abbiano ad oggetto l'esercizio di attività produttive e di prestazione di servizi, ad eccezione gli impianti e le infrastrutture energetiche, le attività connesse all'impiego di sorgenti di radiazioni ionizzanti e di materie radioattive, gli impianti nucleari e di smaltimento di rifiuti radioattivi, le attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi nonché le infrastrutture strategiche e gli insediamenti produttivi di preminente interesse nazionale¹⁰⁸.

¹⁰⁸ M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, cit..