



COLLEGIO
GEOMETRI
e GEOMETRI
LAUREATI
MONDOVI



**IL RECUPERO IN PIEMONTE
LE PRINCIPALI NORME DELL'URBANISTICA E DELL'EDILIZIA**
con le novità della LR n. 7 del 31 maggio 2022
(già Proposta di Legge n. 125)

Aggiornamento 15 giugno 2022

Convegno del 29 giugno 2022

Note all'Art. 46 L.R. 7/2022

A cura del Dott. Angelo Mana

ART 46 LR 7/2022: GARANZIA DI ATTUAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO

Dopo la riforma della conferenza dei servizi di cui al D Lgs 127/2016 e gli ulteriori correttivi introdotti nella legge 241/1990 dalle leggi 120/2020 e 108/2021, la disciplina relativa al giusto procedimento è praticamente perfetta. Ciò nonostante la prassi continua in genere a registrare tempi superiori ad anche provvedimenti finali affetti da una discrezionalità arbitraria. Perché le norme non sono applicate in maniera adeguata

L'art 46 della lr 7/2022, introducendo l'art 9bis alla legge regionale sul procedimento amministrativo n 14/2014, mira a porre rimedio a questa situazione con una serie di disposizioni applicative, che non innovano, se non per alcuni profili marginali, l'ordinamento nazionale, ma sono finalizzate a garantire con disposizioni operative che l'istruttoria avvenga in termini conformi al dettato ed alle finalità dell'ordinamento.

In particolare:

a) il primo comma dichiara inefficaci le sospensioni di termini ulteriori rispetto all'unica ammessa, ossia inidonee a sospendere i termini e ad inibire la formazione del provvedimento finale per silenzio assenso ove ne sussistano le condizioni.

b) il secondo comma dispone che il responsabile del procedimento, ove al termine assegnato per legge oppure alla data della seduta deliberante della conferenza dei servizi non siano pervenuti pareri o atti di assenso richiesti, provveda ad emanare ugualmente il provvedimento dando atto nelle premesse dell'atto dei presupposti istruttori mancanti. Ciò per garantire effettiva attuazione ai disposti dell'ultimo periodo dell'art 10bis della legge 241/1990 "Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione."

Nel caso il procedimento istruttorio possa essere perfezionato con l'acquisizione del presupposto mancante, si prevede che l'ufficio competente provveda alla convalida: ossia all'acquisizione di tale presupposto ed alla riemissione del provvedimento a garanzia del soggetto titolare dell'atto.

c) Il terzo comma dispone che il termine di 12 mesi assegnato per eventuali annullamenti in autotutela di provvedimenti illegittimi debba essere conteggiato dal momento del rilascio o dell'efficacia dell'atto in questione. Norma importante: perché la giurisprudenza amministrativa ha applicato l'art 21 nonies della legge 241/1990 in questione stabilendo che il termine decorra da quando l'Amministrazione rileva il vizio: interpretazione che vanifica la finalità della legge di dettare un termine certo per la definitiva consolidazione del titolo autorizzativo ottenuto.

d) Il quarto comma ha una rilevanza sostanziale, essendo la disposizione che mira a limitare la discrezionalità arbitraria riaffermando il dovere di rispettare le norme che sono state adottate per garantire effettiva applicazione ai principi della Direttiva Bolkestein. La portata del comma in questione verrà illustrata nel prosieguo della presente disamina.

e) Il quinto comma vincola i rappresentanti della Regione e delle Agenzie (compresa ARPA dunque) e delle aziende partecipate dalla stessa a rispettare le disposizioni di cui ai commi precedenti anche quando partecipano a procedure istruttorie di altri Enti esprimendo parere contrario nel caso in cui l'amministrazione precedente assuma determinazioni istruttorie contrastanti.

f) il sesto comma recepisce la procedura per la certificazione del silenzio assenso aggiungendo l'obbligo di emanare ora per allora il permesso di costruire.

Per comprendere la rilevanza e la portata di queste norme occorre partire da una premessa di carattere normativo relativa alla radicale innovazione introdotta nell'ordinamento anche italiano dalla cd Direttive Bolkestein.

Le norme in materia di liberalizzazione delle attività economiche

Come è noto, in forza dei trattati dell'Unione, la Direttiva 2006/123/CE è vincolante per gli stati membri. La stessa fu recepita nel 2010 con il D Lgs 59 che nella sostanza riproduce i contenuti della norma europea.

Il principio fondamentale della Direttiva è la libertà della prestazione di servizi che dunque di per sé configurerebbe una SCIA universale.

Gli articoli 9 e 10 ammettono però che gli stati membri possano imporre un regime autorizzativo, in particolare quando non sia sufficiente un controllo a posteriori degli effetti prodotti sulla base di una serie di condizioni rigorose:

- Non deve essere discriminatorio
- Le limitazioni ed anche inibizioni devono essere giustificate dalla necessità di tutelare finalità imperative di pubblico interesse nei limiti però strettamente necessari allo scopo (principio di proporzionalità)
- "L'Autorizzazione è concessa non appena da un adeguato esame risulti che le condizioni per ottenere l'autorizzazione sono soddisfatte "(5° comma art. 11) E' il cd principio di adeguatezza.

Dalle norme citate emerge una serie di condizioni e garanzie che rivoluzionano radicalmente il previgente ordinamento:

- La potestà autorizzativa della PA non è più una facoltà incondizionatamente attribuita ma esercitabile legittimamente solo nel rispetto delle limitazioni e condizioni indicate
- In particolare, la legge ha facoltà di subordinare l'esercizio di una prestazione di servizi ad un'autorizzazione solo se la prestazione di tali servizi può interessare, compromettendole, finalità imperative di pubblico interesse riconducibili nella sostanza ai diritti costituzionalmente tutelati
- Tale presupposto non può essere genericamente invocato per giustificare condizioni, oneri o addirittura divieti: ma deve essere addotto motivando le limitazioni imposte con la stretta necessità di tutelare effettivamente il bene pubblico in questione nel rispetto del principio di proporzionalità.
- Adottando una disciplina istruttoria che non deve aggravare indebitamente il richiedente quanto a documentazione da produrre e tempi di analisi: principio di adeguatezza
- Naturalmente spetta al singolo regime autorizzativo dettare l'equilibrio tra diritto all'esercizio dell'attività e condizioni che devono essere assolte con l'elenco della documentazione da produrre, i criteri di valutazione delle relative risultanze e le tempistiche di adempimento.
- Dal che discende che solo il puntuale rispetto di ciò che prevede la specifica normativa è idoneo a garantire l'Amministrazione procedente di non incorrere in una illegittima lesione

del diritto del richiedente. Aggravare i procedimenti con richieste indebite, con condizioni o addirittura limitazioni non previste non comporta, dunque, solo l'adozione di un provvedimento illegittimo ma la delegittimazione della stessa procedura autorizzativa.

La disciplina generale contenuta nella Direttiva e nel Decreto di recepimento della stessa è stata successivamente oggetto di ulteriori interventi normativi finalizzati a rendere più stringenti in termini operativi i principi introdotti nell'ordinamento: dimostrazione questa della consapevolezza del legislatore di una inadeguata applicazione degli stessi.

Tali norme devono pertanto essere oggetto di specifica considerazione.

Tre in particolare le disposizioni di principio che devono essere considerate:

1 L'articolo 3, 1° e 2° comma della legge 148/2011 che dispongono:

“1. Comuni, Province, Regioni e Stato, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di:

- a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali;
- b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione;
- c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale;
- d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale;
- e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica.

2. Il comma 1 costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese.”

2) L'articolo 1, 1° comma della legge 27 del 2012 che eloquentemente dispone:

“1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 3 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'articolo 41 della Costituzione e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea, sono abrogate, dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui al comma 3 del presente articolo e secondo le previsioni del presente articolo:

a) le **norme che prevedono limiti numerici**, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità;

b) le norme **che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate** e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti.”

Tale norma di principio è integrata da due disposizioni applicative:

- a) La prima contenuta al 4° comma dell'articolo 1 della medesima legge 27/2012 recita: “4. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni si adeguano ai principi e alle regole di cui ai commi 1, 2 e 3 entro il 31 dicembre 2012,”
- b) La seconda si legge al 2° comma dell'articolo 1 sempre della legge 27/2012 e prevede: “2. **Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale**, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica.”

Si tratta di disposizioni che orientano l'interpretazione e l'applicazione di tutte le norme di legge o regolamentari che disciplinano i procedimenti autorizzativi previsti per l'attivazione e l'esercizio di qualsiasi attività economica.

In particolare:

- Il principio di cui all'articolo 3 della legge 148/2011 è probabilmente la più radicale ed insieme la più ignorata riforma introdotta nell'ordinamento italiano. Ignorata perché considerata una norma di mero principio senza effettiva incidenza pratica. Ma tale non era e sin dal momento della sua approvazione, non a caso, determinò l'impugnativa di diverse Regioni avanti la Consulta. La quale però con la sentenza n 200 del 2012 rigettò tutte le contestazioni riconoscendo la legittimità della disposizione prima citata, cassando solo la modalità applicativa automatica prevista originariamente dal 3° comma (“*3. Sono in ogni caso soppresse, alla scadenza del termine di cui al comma 1, le disposizioni normative statali incompatibili con quanto disposto nel medesimo comma, con conseguente diretta applicazione degli istituti della segnalazione di inizio di attività e dell'autocertificazione con controlli successivi.*”)

Ciò per evitare la possibile, generalizzata incertezza del diritto che è sempre connessa con meccanismi di abrogazione tacita, rispetto ai quali non è mai dato conoscere con certezza quale sia l'effettiva portata soppressiva.

Tuttavia resta pienamente efficace l'obbligo di rispettare in ogni procedimento autorizzativo il principio che l'attività economica è libera e non può essere inibita a meno che confligga con una norma che espressamente la vieti. Ciò significa che, **nel momento in cui l'ordinamento prevede una facoltà, ciò pone in essere un diritto degli aventi causa ad avvalersene** se rispettano le condizioni dettate per quella specifica fattispecie. Dal che discende il ribaltamento del consolidato convincimento istruttorio per cui una qualsivoglia attività dovesse avere una espressa previsione che la legittimi al fine di poter essere esercitata: dovendosi invece impostare la verifica istruttorio nel senso di verificare se non vi siano norme espresse che la condizionano o la vietino.

Una vera rivoluzione sotto il profilo normativo: **in pratica lo stop ad atti di diniego discrezionali, ossia non supportati da un'espressa norma impediente.**

- A sua volta il Salva Italia, cioè la legge 27/2012:
 - a Da un lato ribadì la vincolatività del principio della legittimazione a fare tutto ciò che non è vietato dalla legge prorogando solo di un anno il termine per la sua applicazione concreta: dilazione che, lungi dall'attenuarne la portata, ne ha ribadito la vincolatività, essendo tale nuovo termine stato introdotto appunto per consentire che le varie articolazioni istituzionali della Repubblica potessero rivedere il rispettivo ordinamento in conformità allo stesso
 - b Dall'altro completò la disciplina liberalizzante:
 - Disponendo la cancellazione di ogni contingente (lett. a, articolo 1)
 - Disponendo che anche i divieti o le prescrizioni che condizionano la libertà di esplicazione delle attività economiche debbano essere motivati sotto il profilo della loro necessità per l'effettivo perseguimento di finalità inderogabili di pubblico interesse nel rispetto del principio di proporzionalità previsto dalla Bolkestein. Ossia stabilendo che non è più legittimo dettare un vincolo o una prescrizione condizionante se non si dimostra la sua necessità nei termini detti. Per giunta – fatto invero assolutamente innovativo – **subordinando, per la prima volta, a tale criterio la stessa attività pianificatoria**: che dunque non è più assistita da una quasi insindacabile discrezionalità nel merito, essendo fino ad allora censurabili solo decisioni o lesive di espressa norme di legge e di rango procedimentale oppure viziate da evidente irragionevolezza. (Lett b, articolo 1)
 - Dettando un criterio ermeneutico generale che impone di interpretare ed applicare in senso tassativo e restrittivo tutte le disposizioni che prevedono condizioni, vincoli o inibizioni per l'esercizio di un'attività economica (2° comma articolo 1). **In pratica è stata sancita l'assoluta illegittimità della prassi con la quale si riteneva, in funzione del perseguimento del pubblico interesse, di poter imporre oneri od adempimenti aggiuntivi rispetto a quelli espressamente previsti.** Il che non vieta una libera contrattazione tra Parte pubblica e Parte privata in funzione di una ottimizzazione delle ricadute pubblicistiche di un determinato provvedimento: ma impone che sia appunto una contrattazione **e non mai un'imposizione unilaterale.**
- Tale divieto, occorre sottolinearlo, assume un'assoluta necessità nel quadro dell'ordinamento CEE, quando si consideri che l'obiettivo prioritario della Bolkestein è il pieno esercizio della libera concorrenza ed il primo vincolo dettato è il divieto di qualsivoglia discriminazione tra operatori diversi. E' evidente come l'eventuale imposizione di limitazioni od oneri non espressamente previsti dall'ordinamento viola la par condicio tra operatori diversi e crea una situazione discriminatoria e penalizzante in capo a chi viene sottoposto ad oneri ed adempimenti non applicati anche ai concorrenti. Profilo questo di assoluta rilevanza,

considerando che la Consulta ha sempre riconosciuto essere competenza esclusiva dello Stato la disciplina delle condizioni della concorrenza.

Contrariamente a quanto si ritiene e, purtroppo anche alla prassi spesso adottata dalle Autorità Competenti in merito alle procedure ambientali, i principi di cui sopra si applicano anche il D Lgs 152/2006, se lo stesso viene letto ed applicato correttamente. Lo si può dimostrare sulla base delle seguenti norme:

- Il titolo dell'articolo **3-quater. Principio dello sviluppo sostenibile** Posto che la norma va interpretata partendo dal significato grammaticale delle espressioni usate: sviluppo è il sostantivo, sostenibile è l'aggettivo qualificativo. Dunque lo scopo della procedura ambientale non è la decrescita felice ma rendere sostenibili gli interventi necessari per il benessere sociale.
- Ciò è confermato da quanto recita il 4° comma del medesimo articolo: "4. La risoluzione delle questioni che coinvolgono aspetti ambientali **deve essere cercata e TROVATA** nella prospettiva di garanzia dello sviluppo sostenibile, in modo da salvaguardare il corretto funzionamento e l'evoluzione degli ecosistemi naturali dalle modificazioni negative che possono essere prodotte dalle attività umane. "Il termine trovata non è scritto a caso ed ha una rilevanza sostanziale, perché certifica il favor della norma per l'assenso e non per il diniego.
- Non a caso, ad esempio, il 5° comma dell'articolo 19 del Codice disciplina la decisione relativa alla fase di Verifica nei termini seguenti: "5. L'autorità competente, sulla base dei criteri di cui all'allegato V alla parte seconda del presente decreto, tenuto conto delle osservazioni pervenute e, se del caso, dei risultati di eventuali altre valutazioni degli effetti sull'ambiente effettuate in base ad altre pertinenti normative europee, nazionali o regionali, verifica se il progetto ha possibili impatti ambientali significativi." E' ribadito espressamente che la valutazione va condotta sulla base delle normative vigenti emanate solo da soggetti istituzionali aventi potestà legislativa. Dunque eventuali regolamenti, linee guida, manuali di buone pratiche, se non emanati in forza di legge, non sono fonti legittimanti limitazioni alle attività economiche
- Anche il cd 'principio di precauzione' non esclude il procedimento ambientale dal vincolo di legittimità: "**3-ter. Principio dell'azione ambientale** 1. La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente". Disposizione che non significa che per una migliore tutela dell'ambiente si possa imporre tutto ciò che si ritiene opportuno con assoluta discrezionalità, ma semmai che si debba adottare COME METODO la massima cura a valutare preventivamente tutti i possibili impatti sull'ambiente cercando di prevenirli. In altre parole, l'espressione evidenziata in grassetto non è altro che la esplicazione con diverse specificazioni di un metodo che impone l'individuazione e l'esame di tutti i profili di possibile impatto prima di porre in essere l'attività che potrebbe determinarli, valutandone la sostenibilità. Ciò rappresenta anche un'applicazione della Bolkestein che prevede la legittima previsione di una procedura autorizzativa quando non sia sufficiente un controllo a posteriori degli effetti prodotti dall'esercizio di un'attività economica.
- Che tale sia la lettura da dare a questa norma è confermato dal fatto che in tutto il testo del Codice non si legge MAI che la determinazione ambientale possa essere discrezionale. C'è un solo passaggio in cui è utilizzato questo concetto: è il 2° Comma dell'articolo 3. Quater che recita: "2. Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a

consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione." Norma che dispone il CONTRARIO di un atteggiamento discrezionale posto che IMPONE di privilegiare l'interesse pubblico; **ma lo fa quando in gioco vi sono valutazioni connotate da discrezionalità nel merito.** Il che significa che sono in gioco materie che non sono disciplinate da una norma. In tali fattispecie però l'imposizione di prescrizioni non supportate da una norma dotata di giuridica efficacia deve essere assistita da specifiche motivazioni sul merito delle problematiche rilevabili, secondo il principio di precauzione suddetto, rispetto all'oggetto del procedimento

- Anzi, al contrario, vi sono fondamentali disposizioni del Codice che impongono il rispetto dei vincoli normativi. Prima tra tutte la definizione che si legge alla lett. i-nonies dell'articolo 5 che recita: "(i-nonies) **norma di qualità ambientale: la serie di requisiti, inclusi gli obiettivi di qualità, che sussistono in un dato momento in un determinato ambiente o in una specifica parte di esso, come stabilito nella normativa vigente in materia ambientale;**" Laddove è importante non solo la parte conclusiva ma soprattutto l'inciso 'compresi gli obiettivi di qualità': **perché vieta la rivendicazione del diritto di imporre obiettivi di qualità superiori a quelli previsti dalle norme vigenti.** Dunque, non sono solo le norme di liberalizzazione che prevedono questo vincolo ad operare nel rispetto delle norme. Lo dice lo stesso Codice ambientale
- Siccome poi la legge non può disciplinare tutta la materia che è soggetta alle evoluzioni della tecnica e della scienza, sempre all'articolo 5 lettere l-ter e segg. si legge quanto segue: "(l-ter) migliori tecniche disponibili (best available techniques- BAT): la più efficiente e avanzata fase di sviluppo di attività e relativi metodi di esercizio indicanti l'idoneità pratica di determinate tecniche a costituire, in linea di massima, la base dei valori limite di emissione e delle altre condizioni di autorizzazione intesi ad evitare oppure, ove ciò si riveli impossibile, a ridurre in modo generale le emissioni e l'impatto sull'ambiente nel suo complesso. Nel determinare le migliori tecniche disponibili, occorre tenere conto in particolare degli elementi di cui all'allegato XI. Si intende per: 1) tecniche: sia le tecniche impiegate sia le modalità di progettazione, costruzione, manutenzione, esercizio e chiusura dell'impianto; 2) disponibili: le tecniche sviluppate su una scala che ne consenta l'applicazione in condizioni economicamente e tecnicamente idonee nell'ambito del relativo comparto industriale, prendendo in considerazione i costi e i vantaggi, indipendentemente dal fatto che siano o meno applicate o prodotte in ambito nazionale, purché **il gestore possa utilizzarle a condizioni ragionevoli;** Dunque il convincimento solitamente espresso da ARPA ed Organi Tecnici dell'Autorità decidente secondo cui la valutazione ambientale non deve occuparsi dalla compatibilità economica delle determinazioni assunte **è una palese violazione dei disposti del Codice** e deve quindi essere contestata. 3) migliori: le tecniche più efficaci per ottenere un elevato livello di protezione dell'ambiente nel suo complesso;

l-ter.1) 'documento di riferimento sulle BAT' o 'BREF': documento pubblicato dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 6, della direttiva 2010/75/UE; l-ter.2) 'conclusioni sulle BAT': un documento adottato secondo quanto specificato all'articolo 13, paragrafo 5, della direttiva 2010/75/UE, e pubblicato in italiano nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, contenente le parti di un BREF riguardanti le conclusioni sulle migliori tecniche disponibili, la loro descrizione, le informazioni per valutarne l'applicabilità, i livelli di emissione associati alle migliori tecniche disponibili, il monitoraggio associato, i livelli di consumo associati e, se del caso, le pertinenti misure di bonifica del sito;" **Dunque anche le così dette buone pratiche sono applicabili**

solo quando hanno una formalizzazione che conferisce alle stesse efficacia giuridica in senso proprio.

Da questo complesso di disposizioni dello stesso Codice deriva che le procedure ambientali sono anch'esse un procedimento amministrativo e non un convegno tecnico/scientifico: pertanto le proposte suggerite alle Amministrazioni decidenti devono essere motivate sulla base di norme o valutazioni tecniche dotate di giuridica efficacia o, nel caso queste non siano rinvenibili, supportate con puntuali motivazioni atte a dimostrare nel caso specifico che sono compromesse le finalità imperative di pubblico interesse che sole possono legittimare limitazioni alla libertà di iniziativa economica purché vengano applicate nel rispetto delle modalità dettate dalle norme sul giusto procedimento.

Ove fosse vero che il 'principio di precauzione' legittimi l'imposizione di qualsivoglia condizione o prescrizione che siano ritenute opportune discrezionalmente dall'Autorità Competente come si spiega che il legislatore, nel definire il Codice, abbia ritenuto di dover utilizzare un testo che, considerando gli allegati, occupa centinaia di pagine: un tomo che, in tal caso, sarebbe del tutto vanificabile?

La disamina delle norme ivi richiamate consente di valutare appieno la portata del 4° comma dell'art 46: un insieme di disposizioni che se effettivamente applicate, metterebbero fine alla discrezionalità arbitraria che, specie in materia di procedimenti ambientali, rappresenta un problema assai più grave rispetto a quello, solitamente considerato prevalente, della durata dei vari procedimenti.

La durata dei procedimenti autorizzativi

Questo è il profilo che nell'esperienza di tutti gli operatori privati e nel dibattito sull'inefficienza amministrativa è sistematicamente indicato come una vera emergenza nazionale. Ed in via di fatto è effettivamente così.

L'assurdo è che invece, **la disciplina del giusto procedimento ora contenuta nella legge 241/1990 dopo la riforma della conferenza dei servizi (CdS) operata dal D Lgs 127/2016 e dalle ottimizzazioni introdotte con le leggi 120/2020 e 108/2021 è praticamente perfetta.** Peccato che sia ampiamente disapplicata nella prassi gestionale secondo un vizio atavico che già Dante censurava: "le leggi son ma chi pon man ad esse"?

Al fine della disamina delle ragioni per cui la disciplina vigente è idonea a garantire il rispetto dei criteri del giusto procedimento, occorre in primo luogo richiamare i principi fondamentali così come esemplificati dall'articolo 1, 1° comma della legge 241/1990_ "1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario."

Una disposizione di principio che non è una 'grida manzoniana' ma un testo che detta le condizioni generali di legittimità del procedimento e del relativo provvedimento finale. Testo che intanto comporta una duplice conseguenza:

* formalizza che, come si diceva al capitolo precedente, i fini perseguiti devono essere quelli definiti dalla legge

* conferma la immediata applicabilità dei principi CEE: nel caso di specie leggasi Direttiva Bolkestein.

E' necessario partire da una considerazione basilare che non pare essere condivisa in genere dai funzionari pubblici: Il mancato rispetto dei termini è la PIU' GRAVE e la PIU' PERICOLOSA per i funzionari competenti violazione della disciplina del giusto procedimento. Più pericoloso dell'eventuale emissione di un provvedimento viziato. Ciò per 2 motivi:

- **NON E' RIMEDIABILE** essendo il calendario un dato indisponibile
Se viene invece emesso un atto viziato l'ordinamento prevede due rimedi:
 - a CONVALIDA: in caso di mancanza di un atto presupposto o di un atto viziato, si procede comunque all'assunzione del provvedimento nei termini ed una volta acquisiti gli elementi mancanti lo si riemette previa revoca del titolo originario
 - b ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA, quando l'atto è viziato in termini rilevanti di mancata tutela di interessi pubblicistici prevalenti rispetto all'affidamento del titolare: provvedimento che può essere assunto entro un anno (per effetto della riduzione disposta dalla legge 108/2021 rispetto al precedente termine di 18 mesi)
- **È PERICOLOSISSIMO per i connessi profili di danno erariale**

A questo proposito, occorre considerare con la massima attenzione le norme della legge 241/1990 che sanciscono il rispetto del termine e sanzionano in maniera pesantissima la violazione dello stesso:

- c ART 29 "2-bis. Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti l'obbligo di concluderlo entro il termine prefissato,, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti.
- d Art 2bis "1. Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento."
- e Art 2 8° comma ". Le sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio inadempienza dell'amministrazione sono trasmesse, in via telematica, alla Corte dei conti."
- f Art 2 comma 9: "9. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente."
- g Art 2, comma 9 quinquies "9-quinquies. Nei provvedimenti rilasciati in ritardo su istanza di parte è espressamente indicato il termine previsto dalla legge o dai regolamenti di cui all'articolo 2 e quello effettivamente impiegato."

Dunque il mancato rispetto del termine:

- non è solo un vizio formale ma la violazione di un diritto costituzionalmente garantito
- determina perciò stesso l'obbligo di risarcire i danni: resta da stabilire il quantum e ciò lo fa la giustizia amministrativa, ma non vi è dubbio alcuno circa la sussistenza della fattispecie
- il pagamento di un risarcimento è fonte di responsabilità erariale

- il legislatore ha addirittura previsto l'obbligo di autodenuncia nel caso di ritardo: ossia di dichiarare detto ritardo così da rendere edotto l'interessato della violazione del suo diritto: una norma che ricorda l'orrenda pratica nazista di fare scavare al condannato la fossa... Non ho mai visto un caso in cui tale disposizione sia stata applicata: ma la stessa è un chiaro indice della gravità che l'ordinamento attribuisce al tardivo adempimento. Ed in sede di giudizio per responsabilità erariale la cosa potrebbe anche pesare aggravando la sanzione. Perché la legge è chiara e configura un obbligo.

Rispetto a questo quadro normativo, la legge 120/2020, evidenziando la consapevolezza del legislatore in merito al fatto che nella prassi le draconiane disposizioni di cui sopra in materia di rispetto dei termini spesso rimangono sulla carta, ha previsto un rimedio efficace con l'introduzione nell'articolo 2 della legge 241/1990 del comma 8bis che recita: “8-bis. Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni.”

Si tratta di un rimedio di fatto che manu militari sanziona gli adempimenti tardivi con l'inefficacia ope legis. L'innovazione è passata sotto silenzio nel dibattito che è seguito all'approvazione della legge (cd liberalizzazioni di Conte). C'è da temere che sia stato sottovalutato anche dai funzionari che gestiscono i procedimenti. Ma è una novità che comporta una vera rivoluzione. Infatti:

a) il responsabile del procedimento che attende un parere o la definizione di un endo procedimento per emanare il provvedimento finale assume in proprio la responsabilità del soggetto inadempiente. In tal caso occorre invece dare atto di tale mancanza e procedere alla conclusione del procedimento perché ne risponde chi è stato inadempiente

b) non solo, se un atto endo procedimentale è tardivo, anche se emesso entro il termine massimo del procedimento, qualora adduca motivi ostativi al rilascio del provvedimento, occorre non considerarlo: perché è inefficace anche se del tutto fondato nel merito. Chi lo considerasse assumerebbe in proprio la responsabilità del soggetto inadempiente.

c) ciò è dimostrato dal richiamo che la norma fa all'articolo 21 nonies della legge 241/1990 che disciplina l'annullamento in autotutela. La legge dunque vuole che il provvedimento finale sia emesso comunque nei termini e che si rimedi o convalidandolo se possibile o annullandolo ove la violazione comporti lesioni di pubblici interessi rilevanti e prevalenti sul diritto già riconosciuto al privato richiedente.

d) evidente poi è la portata devastante di un provvedimento inibitorio o sospensivo emesso tardivamente: essendo inefficace legittima il titolare a procedere e ne risponde chi ha agito tardivamente.

L'abituale attitudine dei funzionari di attendere ad emettere un provvedimento per conseguire la perfezione dei presupposti per la paura di ricorsi è dunque una prassi che va rivista per adeguarla ai disposti dell'ordinamento.

Se infatti, magari per l'urgenza dei termini, emetto un atto viziato che viene impugnato:

- intanto ho a disposizione i rimedi della convalida o dell'annullamento già indicati che consentirebbero di vanificare eventuali impugnative,

- sotto un altro profilo, il contro interessato ha a disposizione il rimedio efficace dei provvedimenti cautelari, con la possibilità di ottenere la sospensiva entro circa un mese dalla presentazione del ricorso: termine entro il quale non possono verificarsi danni spaventevoli.

Se emetto un diniego viziato e il destinatario non riesce a risolvere la questione in sede cautelare, ove poi nel merito venga riconosciuta l'illegittimità del provvedimento, sono a rischio di dover rispondere di danni magari enormi.

Al punto che è buona pratica, in regime di liberalizzazioni, il considerare che per denegare devo verificare due volte la effettiva sussistenza della causa addotta: ossia serve un'istruttoria ben più puntuale di quella garantita da una normale diligenza.

E' doveroso considerare anche il problema dal punto di vista dei funzionari. Sono ben noti i gravi problemi di funzionalità determinati dalla situazione degli organici gravati da carenze spesso devastanti a causa dell'assurda rigidità dei vincoli in materia di assunzione che non distinguono tra uffici competenti ad assentire titoli abilitativi che sono la premessa delle attività che contribuiscono al PIL rispetto a quelli finalizzati alla mera gestione amministrativa della macchina burocratica. Tale condizione non esime però dal rispetto dei principi del giusto procedimento.

Rispetto a tale quadro normativo occorre destreggiarsi tra le complicazioni che decenni di semplificazioni spesso mal riuscite o scoordinate hanno introdotto nell'ordinamento.

Tuttavia occorre riconoscere che il legislatore, nell'imporre il rispetto dei termini, ha fornito anche lo strumento per provvedervi: **la conferenza dei servizi**. Alla condizione che la si applichi rigorosamente, tenendo presente **che fornisce gli strumenti per evitare che gravino sulle spalle del solo responsabile del procedimento le inadempienze ed anche le incompetenze dei vari attori pubblici coinvolti.**

La disciplina prevista dagli articoli 14bis e 14 ter della legge 241/1990 relativi rispettivamente alla CdS asincrona ed alla CdS simultanea è nota e non richiede una puntuale disamina. Merita però fare alcune sottolineature volte ad evidenziare gli strumenti che tali articoli offrono per garantire l'effettiva possibilità di rispettare i termini se adeguatamente utilizzati.

Intanto la conferenza è **obbligatoria : 2° comma articolo 14 l 241/90** "2. La conferenza di servizi decisoria è **sempre indetta** dall'amministrazione precedente quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici."

La CdS asincrona ha un procedimento rigido anche e soprattutto quanto ai tempi:

- a) cinque giorni lavorativi per l'indizione della conferenza
- b) assegnando 15 giorni per la richiesta di integrazioni idonee ad interrompere i termini
- c) 45 giorni dall'indizione per la conclusione dell'istruttoria prorogati a 90 in caso di competenze relative a vincoli paesaggistici e culturali, salute o sicurezza.

Il mancato rispetto di tali tempistiche è sanzionato nei termini seguenti:

"4. Fatti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi, **la mancata comunicazione della determinazione** entro il termine di cui al comma 2, lettera c), ovvero la comunicazione di una determinazione priva dei requisiti previsti dal comma 3, **equivalgono ad assenso senza condizioni**. Restano ferme le responsabilità dell'amministrazione, nonché quelle dei singoli dipendenti nei confronti dell'amministrazione, per l'assenso reso, allorché implicito."

Poiché tale norma è incondizionata, la stessa dispone la formazione del silenzio assenso anche nel caso di competenze sensibili. E questa è una delle fondamentali innovazioni introdotte dal D Lgs 127/2016: anche i pareri e le competenze dei soggetti che gestiscono la materia ambientale, dei beni

culturali e della sanità sono soggetti agli effetti decadenziali conseguenti al mancato rispetto dei termini: con il solo beneficio del raddoppio del termine assegnato.

Merita ancora una precisazione essenziale: il termine di 15 giorni per la richiesta di integrazione è **perentorio e decadenziale**.

Lo certifica la legge delega 124 del 2015 cd legge Madia che all'articolo 2 nel delegare il governo ad emanare la riforma della conferenza dei servizi alla lett q) prevede quanto segue: **“q) definizione di limiti e termini tassativi per le richieste di integrazioni documentali o chiarimenti prevedendo che oltre il termine tali richieste non possano essere evase, ne' possano in alcun caso essere prese in considerazione al fine della definizione del provvedimento finale.”**

Dunque, se il responsabile del procedimento riceve una richiesta istruttoria dopo il termine dei 15 giorni

- Non deve assolutamente sospendere il procedimento
- Né trasmettere la richiesta di integrazione al soggetto richiedente anche se sia già stata disposta una sospensione in tempo utile sulla base di altre richieste: la legge delega infatti vieta di considerare elementi istruttori introdotti nel procedimento tardivamente: se poi da tali elementi derivassero profili ostativi si creerebbe una situazione ingestibile legittimamente perchè si dovrebbe emanare un provvedimento di diniego fondato su un presupposto illegittimo
- In tal caso, al fine di chiarire la propria estraneità a qualsivoglia responsabilità, è opportuno che il responsabile del procedimento comunichi al soggetto proponente le ragioni della improcedibilità della richiesta istruttoria. Tale comportamento è imposto espressamente dall'ultimo periodo dell'articolo 10bis della stessa legge 241/1990: "Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione". L'inadempienza di un ufficio o di un ente terzo non deve essere fatta ricadere sul soggetto richiedente. Ovviamente il responsabile del procedimento deve dare atto della mancanza del presupposto e procedere ugualmente all'adozione dell'atto. La responsabilità in tal modo ricadrà solo sull' inadempiente.

Una condizione essenziale per l'efficacia del procedimento istruttorio e la legittimità del provvedimento finale è che si garantisca effettiva applicazione ai disposti del 3° comma dell'articolo 14bis: "3. Entro il termine di cui al comma 2, lettera c), le amministrazioni coinvolte rendono le proprie determinazioni, relative alla decisione oggetto della conferenza. Tali determinazioni, **congruamente motivate**, sono formulate in termini di assenso o dissenso e indicano, ove possibile, le modifiche eventualmente necessarie ai fini dell'assenso. Le prescrizioni o condizioni eventualmente indicate ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso sono espresse in modo chiaro e analitico e **specificano se sono relative a un vincolo derivante da una disposizione normativa o da un atto amministrativo generale ovvero discrezionalmente apposte per la migliore tutela dell'interesse pubblico.** "

Il responsabile del procedimento, anche a sua tutela, deve verificare puntualmente la rispondenza a tale disposizione delle indicazioni istruttorie espresse verificando che

- siano motivate
- con l'indicazione delle fonti normative che le giustificano

- in caso tali presupposti non siano indicati, deve chiedere formalmente di indicarli o di segnalare che sono pareri discrezionali richiedendo in tal caso specifiche motivazioni .

La precisazione voluta dal legislatore individua con ogni evidenza una duplice fattispecie valutativa:

a) se è indicata una norma legittimante, la verifica è relativa alla mera pertinenza di tale presupposto che da solo è motivazione insuperabile

b) nel caso invece di indicazioni non supportate da un atto dotato di giuridica efficacia deve essere condotta una verifica dell'adeguatezza della motivazione che non può essere giustificata con atti tecnici non dotati a loro volta di giuridica efficacia (es le indicazioni di ISPRA) perchè così operando si vanificherebbe la distinzione operata dal legislatore; la giurisprudenza in tali fattispecie richiede invece che siano date motivazioni specifiche, ossia che non si limitano a richiamare una prassi, relative al progetto in questione che individuino le mitigazioni necessarie e giustifichino anche l'entità della condizione e/o prescrizione rispetto agli effetti negativi prevedibili nella fattispecie. Rispetto a tali indicazioni chi decide il provvedimento finale conserva una propria facoltà di valutazione circa l'adeguatezza delle motivazioni addotte: ciò che invece non ha nel caso sia stato addotto un presupposto normativo pertinente.

'Pretendendo' l'effettivo rispetto delle condizioni previste per i pareri, il responsabile del procedimento garantisce la legittimità del provvedimento finale ed insieme tutela se stesso da possibili responsabilità rispetto all'imposizione di vincoli che possano essere annullati in sede di impugnativa.

Ove le condizioni richieste non siano riscontrate, nel provvedimento finale si dovranno disattendere tali pareri con la motivazione della violazione del 3° comma prima citato.

Quanto alla CdS simultanea occorre assicurare piena applicazione ai disposti dell'ultimo periodo del 7° comma dell'articolo 14ter della legge 241/1990: "Si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, non abbia espresso ai sensi del comma 3 la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza."

La norma in questione va interpretata ed applicata alla luce della teleologia che ha motivato il legislatore nel codificare tale modalità di definizione dell'iter istruttorio: garantire le condizioni affinché si possano acquisire in un termine predeterminato tutti gli elementi istruttori necessari per concludere il procedimento. Non a caso tale tipologia di CdS è' detta anche decisoria.

Allo scopo è essenziale che si rispettino i canoni procedurali previsti:

- a L'articolo 14ter qualifica la CdS sincrona con il termine di 'simultanea'. Pertanto è dirimente la presenza fisica o in collegamento telematico dei soggetti partecipanti. **La mancata partecipazione comporta un parere favorevole senza condizioni.**
- b La presentazione di un parere scritto, anche se effettivamente motivato nel merito, **non potrà mai legittimare l'imposizione nel provvedimento finale delle condizioni e/o prescrizioni eventualmente in tal modo formalizzate**; a maggior ragione non potrà essere in alcun modo utilizzato come motivazione di un diniego. Perché in caso di impugnativa, a

prescindere dalla fondatezza nel merito di quanto eccepito, la prescrizione relativa ed a maggior ragione il diniego sarebbero annullati per violazione di legge: **perché la mancata partecipazione diretta alla seduta è qualificata dalla legge come parere favorevole senza condizioni**. Operando diversamente il responsabile del procedimento incorrerebbe dunque in un irrimediabile travisamento istruttorio. Per questo motivo è del tutto abusiva la prassi, non così infrequente, con la quale, già in sede di indizione di una CdS simultanea, il responsabile del procedimento ammette espressamente la possibilità di esprimere i pareri in forma scritta: abusiva ed anche pericolosa. Perché in tal modo legittima il soggetto destinatario a non partecipare ed assume così in proprio la responsabilità di introdurre nell'istruttoria atti invalidi che non possono essere utilizzati per imporre condizioni o prescrizioni

- c E' evidente infatti come la partecipazione diretta dei soggetti decidenti sia la condizione affinché possano essere valutate obiezioni oppure elementi tecnici emersi dai lavori della conferenza stessa. Soprattutto, senza la partecipazione diretta ed effettiva di tutti i soggetti non potrà essere esperita alcuna mediazione tra valutazioni eventualmente discordanti su alcuni degli elementi progettuali. Senza la presenza effettiva la CdS sincrona verrebbe snaturata ed assimilata alla CdS asincrona, compromettendo la possibilità di mettere capo ad una positiva conclusione del procedimento istruttorio.
- d La rilevante questione rappresentata dall'esigenza di conciliare le esigenze organizzative di tutti i soggetti partecipanti deve essere gestita con modalità conformi all'ordinamento. In particolare:
- Intanto se effettivamente vi è una impossibilità oggettiva rispetto alla data di convocazione per contestualità di impegno equipollente o per la complessità delle questioni da approfondire è previsto che si chieda un differimento della seduta purché entro i termini e purché lo si faccia subito e non nell'immediata vigilia della riunione prevista (ciò che creerebbe problemi ad altri soggetti). **Se non è stato chiesto da subito il differimento, il soggetto interessato è tenuto a partecipare con una posizione definitiva alla data prevista a pena di parere favorevole.** E' contrario ai principi del giusto procedimento che si sospendano i lavori aggiornando la seduta per consentire ad un soggetto partecipante di definire la propria posizione. E ciò vale anche nel caso non siano decorsi i termini massimi assegnati dalla legge.
 - La legge è chiara nel disporre che ciascun Ente è rappresentato da un solo soggetto; ciò certamente non vieta che questo rappresentante sia accompagnato da colleghi di altri uffici. A questo proposito mette conto ricordare quanto prevede il 5° comma dell'articolo 14ter: "5. Ciascuna regione e ciascun ente locale definisce autonomamente le modalità di designazione del rappresentante unico di tutte le amministrazioni riconducibili alla stessa regione o allo stesso ente locale nonché l'eventuale partecipazione delle suddette amministrazioni ai lavori della conferenza. " Ciò allo scopo di evitare che i diversi pareri di competenza di un soggetto partecipante non siano coerenti e rechino valutazioni discordanti su alcuni profili delle problematiche oggetto di valutazione. E' essenziale quindi che ciascun Ente disciplini le

modalità di individuazione del proprio rappresentante ed anche di raccolta e coordinamento dei pareri di uffici diversi della stessa Amministrazione. Allo scopo è certamente preferibile una CdS tra i servizi interessati da tenersi in termini compatibili con la dovuta partecipazione alla seduta prevista

- E' evidente l'assoluta illegittimità dell'eventuale formalizzazione di pareri discordanti in merito alla decisione espressi da uffici diversi di uno stesso soggetto istituzionale: circostanza in realtà non così infrequente nella prassi. In tal caso il responsabile del procedimento dovrà **pretendere** che il rappresentante unico dell'Ente esprima una proposta deliberativa univoca in quanto unico soggetto legittimato a rappresentare l'Ente in questione e non accettare aggiornamenti dei lavori motivati dall'esigenza di consentire all'Ente in questione di parlare con una sola voce. In caso contrario la posizione contrastante rilevata dovrà essere verbalizzata come un assenso senza condizioni.

In caso di inadempimento all'obbligo di rispetto dei termini, la legge prevede un rimedio operativo radicale: **la formazione dell'atto per silenzio assenso**. E' una previsione in vigore da anni. Ha avuto però scarsi effetti operativi, specie in materia di edilizia, perchè non era prevista una disciplina applicativa.

Tale disciplina è stata dapprima prevista dalla legge 120/2020 con l'aggiunta all'8° comma dell'art 20 del TU edilizia del seguente secondo periodo: "Fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio, lo sportello unico per l'edilizia rilascia anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti. "

Una formulazione non del tutto soddisfacente perchè non prevede che vi sia una espressa dichiarazione dell'avvenuta formazione del silenzio assenso e quindi lascia aperta la possibilità che venga messa in dubbio l'efficacia sostitutiva del titolo edilizio di tale dichiarazione. Una possibilità che diventa una certezza se per esempio si tratta con un fondo la cessione dell'edificio così realizzato

La legge 108/2021 ha ora perfezionato la disciplina relativa con il comma 2bis dell'articolo 20 della legge 241/1990.

"2-bis. Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione **è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.** "

E' una formulazione molto efficace perchè:

a) presuppone il solo decorso del termine assegnato

b) prevede che l'ufficio competente certifichi non solo la decorrenza del termine ma anche l'effetto di avvenuta formazione del silenzio assenso: atto dunque che certifica la sussistenza del titolo edilizio.

c) in caso di mancato riscontro nel termine assegnato, ammette l'autocertificazione del privato: atto che, a pena di querela di falso, deve essere accettato come valido in qualsivoglia fattispecie d'uso giuridico del titolo in questione.

Tale fondamentale innovazione non ha previsto la revoca della versione di cui alla legge 120 che pertanto ancora si legge nel TU. L'art 46 della l.r. 7/2022 ha mantenuto la versione della legge 120 perchè i profili problematici dello stesso sono superati in maniera risolutiva dall'obbligo di non limitarsi a certificare ma di rilasciare il permesso ora per allora.

Una soluzione che, contrariamente a quanto si possa ritenere, è molto più semplice della mera dichiarazione. Perchè tale dichiarazione deve essere integrata (anche se la legge non lo dice, ma è inevitabile per la certezza dei diritti così conferiti) dall'esatta individuazione dell'oggetto dell'intervento autorizzato.

In uno dei primi casi di applicazione di tale procedura, relativo ad un Comune della Valle d'Aosta, il responsabile dell'ufficio ha dovuto integrare l'atto con una minuziosa elencazione:

- degli elaborati progettuali relativi, comprese le modifiche prodotte in sede istruttoria
- delle obbligazioni relative al contributo di costruzione
- di alcune condizioni modali in fase realizzativa previste dai pareri istruttori raccolti nei termini

in sostanza un tomo complesso.

Occorre dire che la versione della legge 108/2021, essendo inserita nella legge 241/1990 ed essendo la disciplina del silenzio assenso annoverato dal comma 2ter dell'art 29 della medesima legge tra le discipline che attengono i livelli essenziali dei servizi ex art 117, 2° comma lett m) della Costituzione ha la natura di una norma di principio immediatamente applicabile anche in presenza di leggi regionali difformi.

Motivo per cui la questione va risolta aderendo alla richiesta del soggetto richiedente, ossia rispondendo in coerenza con la norma adottata dal soggetto richiedente con due precisazioni rilevanti:

a) i tempi della risposta sono comunque di 10 e non di 15 giorni, dato non a caso ritrascritto dall'art 46, perchè prevale la disposizione vincolante in forza di costituzione

b) deve essere rilasciato il PdC ora per allora.

Mette infine conto sottolineare ai funzionari pubblici che tale disciplina applicativa deve essere rispettata in maniera rigorosa. Anche nel caso in cui l'atto formato per silenzio fosse affetto da vizi, il rimedio non dovrà mai essere quello di negare la sussistenza dello stesso ove il termine sia effettivamente decorso; occorrerà invece dare atto dell'effetto giuridico prodottosi ope legis provvedendo eventualmente all'annullamento d'ufficio. Sempre che sussistano le condizioni di legge.

L'articolo 21 nonies della legge 241/1990 a questo proposito prevede quanto segue: "1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, **sussistendone le ragioni di interesse pubblico**, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, **e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati**, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge."

E' evidente come non sia sufficiente un qualsivoglia vizio, perchè la legge richiede una valutazione comparata con l'interesse del privato a quel punto titolare di un diritto perfetto che può essere revocato solo perchè è leso un interesse pubblico specifico. Motivo per cui la possibilità di un diniego legittimo se dato nei termini, non significa automaticamente che lo stesso atto possa essere annullato d'ufficio una volta che si è formato.

In presenza di un superamento dei termini dunque:

a) dare un diniego tardivo è comunque sbagliato perchè l'atto è inefficace ai sensi del comma 8bis dell'articolo 2 della legge 241/1990

b) situazione giuridica che l'interessato farebbe valere con un ricorso o, peggio, avvalendosi ugualmente del titolo così ottenuto: ciò che un legale accorto suggerirebbe di certo; il che metterebbe l'Amministrazione nella condizione di emettere un provvedimento inibitorio che verrebbe impugnato con un esito certamente a favore del titolare.

c) Una volta certificato il decorso del termine sarebbe necessaria una rigorosissima valutazione della possibilità di una convalida in termini preferenziali o della sussistenza delle condizioni per un annullamento d'ufficio: ciò vale soprattutto nel caso dell'annullamento, perchè in caso lo stesso fosse dichiarato illegittimo, poichè in tal modo si è leso un diritto perfetto, la conseguenza inevitabile sarebbe il risarcimento dei danni emergenti e del lucro cessante.

Come si vede una fattispecie assai insidiosa, che comporta la necessità di espletare istruttorie complesse. Il che rende evidente come:

a) sia interesse anche dell'ufficio rispettare il termine

b) e prima ancora mettere la massima cura al puntuale rispetto delle tempistiche endoprocedimentali previste. Se per esempio, come non è infrequente, si è dato corso ad una plurima sospensione dei termini, l'ufficio avrebbe un conteggio dei termini che non è quello della legge; dunque si autocondannerebbe ad un comportamento illegittimo e lesivo.

E' stato posto il problema dell'efficacia temporale del silenzio assenso: allo scadere del termine assegnato o alla data della dichiarazione comunale? Ossia se la certificazione abbia natura meramente DICHIARATIVA o COSTITUTIVA.

In merito è dirimente la premessa della norma: "fermi gli effetti del silenzio assenso....." E' pertanto pacifico che il silenzio si forma alla data di scadenza del termine assegnato per l'emissione del

provvedimento finale. Elemento questo non secondario nel caso di un PdC: da tale data decorrono infatti i termini per l'inizio e la fine lavori relativi.

Giova anche precisare che il silenzio assenso non è un rimedio che si applichi a tutti i procedimenti. Sono infatti escluse:

- Procedure per le quali il silenzio è qualificato come rifiuto: ad esempio le sanatorie
- Procedure per cui la legge prevede provvedimenti espressi, ad esempio quelle ambientali di VAS e VIA
- i PdC in deroga, per i quali si richiede il voto del consiglio.

Fattispecie queste che pertanto richiedono particolare attenzione al rispetto dei termini.

La tesi per cui se il progetto non ha tutti i requisiti di legittimità NON si forma il silenzio assenso è tesi INFONDATA e SMENTITA dalla legge stessa. Come prima citato, è lo stesso articolo 21 nonies della legge sul procedimento a prevedere che possa operarsi l'annullamento anche nei "**casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20,**"

L'articolo 20 disciplina appunto il silenzio assenso. Se dunque può essere annullato un provvedimento formatosi per silenzio assenso ed essendo la condizione imprescindibile per procedere in tal senso la sussistenza di un profilo di illegittimità, questa è la prova che profili anche rilevanti di violazione di legge NON inibiscono la formazione del silenzio assenso

Merita ancora rilevare, a conferma della rilevanza della normativa CEE che il silenzio assenso è istituto obbligatorio in applicazione della cd Direttiva Bolkestein che all'Articolo 13, 4° comma dispone "4. In mancanza di risposta entro il termine stabilito o prorogato conformemente al paragrafo 3 l'autorizzazione si considera rilasciata"

Le considerazioni che precedono consentono di cogliere in pienezza la portata delle disposizioni applicative del giusto procedimento contenute nell'art 46, le finalità che con le stesse vengono perseguite e dunque la rilevanza connessa alla effettiva applicazione di tale riforma procedimentale.

Alcuni consigli di prudenza

Tenendo conto delle difficoltà operative con cui gli uffici devono fare i conti, appare opportuno esplicitare alcuni 'consigli di prudenza' finalizzati ad una gestione operativa che, senza violare ma anzi utilizzando le norme nel senso della semplificazione, consenta di gestire le difficoltà specie con riguardo alle procedure non soggette a CdS.

- Cooperazione tra progettista privato ed uffici: gli uffici ed il progettista non sono controparti ma elementi essenziali per la stessa sussistenza del procedimento amministrativo. Da un lato la parte privata deve cooperare con la completezza ed adeguatezza dei progetti e gli istruttori devono evitare puntigliosità non rilevanti ai fini della legittimità
- La norma, nel caso di un PdC, offre uno strumento legittimo per prendersi tempo ulteriore nelle procedure non soggette a conferenza dei servizi: il 7° comma articolo 20 TU ("7. I termini di cui ai commi **3 e 5** sono raddoppiati nei soli casi di progetti particolarmente complessi secondo la motivata risoluzione del responsabile del procedimento.) Senza arrivare alla prassi di certe amministrazioni che rivendicano questa facoltà con il prestampato dell'avvio del procedimento, se si è in oggettiva difficoltà, ricorrere ad una motivazione 'stiracchiata' sul punto è preferibile piuttosto che violare il termine. Ma in quel caso però diventa doppiamente doveroso rispettare il termine così raddoppiato
- In presenza di un carico di lavoro oggettivamente ingestibile può essere un rimedio legittimo l'utilizzo mirato del silenzio assenso
 - Poiché quando viene presentata una pratica occorre analizzarla al fine della verifica, nei termini, della necessità di eventuali integrazioni che sono da richiedere per l'adeguata elaborazione del progetto, quella è la sede in cui si può valutare se la pratica presenti profili problematici rilevanti oppure sia assentibile. Se non è possibile gestire tutto, si lasciano andare in silenzio assenso le pratiche senza problemi.
 - Nel caso l'istruttoria richieda la partecipazione a CdS indette da altre Amministrazioni, in mancanza di problemi di merito non si perda tempo a redigere pareri favorevoli rischiando di diventare inadempienti su altre pratiche: la mancata partecipazione a Cds sincrone o la mancata trasmissione di pareri in caso di CdS asincrona è parere favorevole: un modo di smaltire pratiche non problematiche senza perderci tempo. Per questioni di immagine basterà inviare una semplice mail che giustifica le ragioni della mancata partecipazione
 - Nel caso invece nella disamina preliminare emerga che il progetto contraddice in maniera insanabile una norma o una previsione pianificatoria, l'ordinamento offre una soluzione di assoluta efficienza formalizzata dal secondo periodo del 1° comma dell'articolo 2 della legge 241/1990: "1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. **Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.**" In tali fattispecie:
 - senza nemmeno dare l'avvio del procedimento se la causa impediante è stata da subito individuata, e comunque senza il preavviso di diniego

- Non si attivano né gli uffici competenti né la Conferenza dei Servizi
- Ma si notifica il diniego adducendo semplicemente la fattispecie normativa impediente.
- Se la procedura non prevede CdS perché sono coinvolte solo competenze dell'Amministrazione procedente, si sollecita l'ufficio inadempiente
 - lo scadenziario di ogni computer permette di avere evidenza dei termini di scadenza di ciascuna pratica in corso
 - con 15/10 giorni di preavviso si fa la ricognizione degli atti non pervenuti
 - ai colleghi 'assenti' si fa una PEC con la quale si ricorda il termine significando da subito che in caso di mancato riscontro si darà atto di ciò nel provvedimento finale prescindendo da tale parere: probabilmente ciò sarà un 'memento' efficace
- In caso di mancata acquisizione dei pareri allo scadere dei termini istruttori, si procede al rilascio del provvedimento segnalando espressamente nelle premesse gli atti mancanti che:
 - In caso di CdS configurano parere favorevole; occorre ribadire che non deve semplicemente darsi atto della mancanza ma si deve qualificare tale mancanza come parere favorevole incondizionato perché così vuole la legge
 - In caso di procedura ordinaria si adduce il sollecito ed il dovere primario di rispettare i termini e si emette il provvedimento.
- Un provvedimento imperfetto è rimediabile, un provvedimento tardivo è un errore pericoloso, come detto.
 - Al di fuori delle procedure gestite mediante CdS, nel caso manchi un parere o un endo procedimento, una volta acquisito, si può sanare il procedimento con una convalida che consiste nella revoca e contemporanea riemissione del provvedimento: cosa agevole se quel difetto istruttorio era stato segnalato
 - In caso di CdS si procede dando come positivi i pareri non pervenuti o formati in maniera non coerente con i precisi dettami normativi. In tal caso è la legge stessa a prevedere le procedure con le quali le amministrazioni dissenzienti possono richiedere la reconsiderazione del provvedimento emanato, All'articolo 14 quinquies della legge 241/12990: "1. Avverso la determinazione motivata di conclusione della conferenza, entro 10 giorni dalla sua comunicazione, le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini possono proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza. Per le amministrazioni statali l'opposizione è proposta dal Ministro competente.
 2. Possono altresì proporre opposizione le amministrazioni delle regioni o delle province autonome di Trento e di Bolzano, il cui rappresentante, intervenendo in una materia spettante alla rispettiva competenza, abbia manifestato un dissenso motivato in seno alla conferenza.
 3. La proposizione dell'opposizione sospende l'efficacia della determinazione motivata di conclusione della conferenza.
 4. La Presidenza del Consiglio dei ministri indice, per una data non posteriore al quindicesimo giorno successivo alla ricezione dell'opposizione, una riunione con la partecipazione delle amministrazioni che hanno espresso il dissenso e delle altre amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza. In tale riunione i partecipanti formulano proposte, in attuazione del principio di leale collaborazione, per l'individuazione di una soluzione condivisa, che sostituisca la determinazione motivata di conclusione della conferenza con i medesimi effetti.
 5. Qualora alla conferenza di servizi abbiano partecipato amministrazioni delle regioni o delle province autonome di Trento e di Bolzano, e l'intesa non venga raggiunta nella

riunione di cui al comma 4, può essere indetta, entro i successivi quindici giorni, una seconda riunione, che si svolge con le medesime modalità e allo stesso fine.

6. Qualora all'esito delle riunioni di cui ai commi 4 e 5 sia raggiunta un'intesa tra le amministrazioni partecipanti, l'amministrazione procedente adotta una nuova determinazione motivata di conclusione della conferenza. Qualora all'esito delle suddette riunioni, e comunque non oltre quindici giorni dallo svolgimento della riunione, l'intesa non sia raggiunta, la questione è rimessa al Consiglio dei ministri. La questione è posta, di norma, all'ordine del giorno della prima riunione del Consiglio dei ministri successiva alla scadenza del termine per raggiungere l'intesa. Alla riunione del Consiglio dei ministri possono partecipare i Presidenti delle regioni o delle province autonome interessate. Qualora il Consiglio dei ministri non accolga l'opposizione, la determinazione motivata di conclusione della conferenza acquisisce definitivamente efficacia. Il Consiglio dei ministri può accogliere parzialmente l'opposizione, modificando di conseguenza il contenuto della determinazione di conclusione della conferenza, anche in considerazione degli esiti delle riunioni di cui ai commi 4 e 5."

IL fatto che si preveda l'intervento diretto del Governo è significativa conferma della **rilevanza che l'ordinamento assegna al dovere di effettivo rispetto dei principi del giusto procedimento.**

- Non è detto che emettere un provvedimento invalido comporti necessariamente il dovere di duplicare il provvedimento finale. Specie nel caso della convalida, la riemissione assume rilievo sostanziale solo nel caso il provvedimento sia oggetto di impugnativa al fine di spegnere il contenzioso. Altrimenti si può lasciar correre: dopo 12 mesi anche un provvedimento viziato si consolida e non può più essere oggetto di annullamento in autotutela. Nel caso invece di vizi di legittimità che inficiano la salvaguardia di interessi pubblicitari occorre, ove ne ricorrano le condizioni, procedere all'annullamento in autotutela.
- Mette ancora conto fare una considerazione. Le pratiche si gestiscono solo mediante PEC per tutti gli atti istruttori formali. Ma possono anche essere gestite con il telefono.....
- Ad esempio: chi ha ricevuto una richiesta istruttoria tardiva deve per forza dichiararla improcedibile per non viziare un eventuale provvedimento di diniego. Ma se la questione esposta è rilevante, nulla vieta di chiamare il progettista ed esporgli il problema per chiedere di provvedere di conseguenza, presentando 'spontanee' integrazioni. Ciò è nell'interesse sia del privato che dell'amministrazione procedente. Con un'avvertenza: che nel rispondere il progettista non scriva "facendo seguito alla richiesta telefonica avuta" ma adduca una riconsiderazione, una sorta di ravvedimento operoso.....

Se fossimo in un seminario universitario alcuni dei 'consigli di prudenza' di cui sopra andrebbero censurati, Ma poiché l'Italia è il Paese dello sciopero bianco (che consiste nella minaccia rivolta all'amministrazione di applicare alla lettera gli sterminati e spesso confusi codicilli) occorre adattare la gestione operativa alle condizioni di fatto, facendo tutti gli 'slalom' possibili purché idonei ad evitare illegittimità.