

# Il diritto amministrativo e la Pubblica amministrazione

1

Quando incrociamo la PA? (sempre...) Esempi

Però forte «eterogeneità»: Amm. Statali / Autonomie Locali / Enti Pubblici (con struttura ad Azienda come un ASL).

Grande impatto sia sul versante del lavoro (cd. pubblico impiego) che del PIL

Nell' immaginario collettivo è fortemente inefficiente e disfunzionale (in qualche caso anche corrotta: l' istituzione dell' ANAC).

Come la definiamo?? Molto dipende dalla disciplina che se ne occupa (economisti, sociologi, giuristi...)

Siccome il principio fondamentale della nostra disciplina è il PRINCIPIO di LEGALITA', in modo molto brutale si può dire che la Legge prevede e la PA provvede.

Definizione corretta che lascia però nell' ombra un tratto caratterizzante della PA: il potere «discrezionale» e cioè quello spazio (spesso amplissimo) (esempio: piani / programmi, etc..) che la Legge non copre.

# Il diritto amministrativo e la Pubblica amministrazione

2

La nota tripartizione di Montesquieu: la PA è il potere esecutivo, che si confronta con il potere legislativo e giudiziario.

Però, nella nostra Costituzione c'è la primazia del potere legislativo perché la sovranità si esprime attraverso il Parlamento

Spesso, la stessa dimensione della PA cambia a seconda delle discipline (esempio del diritto penale e dei cd. organismi di diritto pubblico negli appalti)

La necessità di identificare correttamente cosa è PA (quindi sottoposta al diritto pubblico) da cosa invece è sottoposto al diritto privato.

Inoltre si può parlare di PA in senso soggettivo (soggetti a disciplina pubblicistica) e in senso oggettivo (le attività a finalità pubblicistica).

Spesso le due aree possono non coincidere (esempio delle scuole private). Ci sono anche privati che perseguono interessi «pubblici»

# Il diritto amministrativo e la Pubblica amministrazione

Il problema poi non è solo giuridico, ma anche politico economico (ad esempio, a chi si applica il cd. «patto di stabilità o l'equilibrio di bilancio?»)

In prima approssimazione abbiamo tre cerchi che si dilatano: Funzioni autoritative / Funzioni di prestazione / privati che perseguono funzioni pubbliche

Possiamo allora tentare una definizione più corretta: **la PA è il complesso di attività e soggetti che esercitano compiti di interesse pubblico sia per la garanzia di interessi primari (difesa, sicurezza, etc...) che per assicurare beni pubblici necessari per la Collettività.**

Se è così una PA c'è sempre stata.

# Il diritto amministrativo e la Pubblica amministrazione

4

Però si è soliti collocare la sua nascita con la nascita dello Stato moderno (16° secolo), con la nascita di apparati amministrativi e di burocrazie professionali.

Apparati stabili che rispondono direttamente al Re per esercizio ed esazione tasse. Forte gerarchia! La legittimazione deriva dalla stretta dipendenza dal Sovrano.

Anche oggi Difesa e Tributi sono il «nocciolo duro» (cd. funzioni de puissance) su cui si innestano poi molte altre funzioni strumentali (catasto, cartografia, opere idrauliche, trasporti, etc...)

Capiamo perciò una cosa: la storia e lo studio della PA è saldamente intrecciato con il «potere». E' fondamentale indagare questo rapporto. La relazione tra la PA e il potere

# Il diritto amministrativo e la Pubblica amministrazione

5

Altra considerazione: fin dalla nascita abbiamo funzioni strettamente connesse con l' autorità ed altre invece volte alla produzione di beni o servizi ,

Oggi si distingue tra una PA che ha compiti di REGOLAZIONE e una PA che ha compiti di PRESTAZIONE.

L' evoluzione della PA: Nel XVII e XVIII secolo c'è lo Stato assoluto.

La PA è espressione del Sovrano di cui attua la volontà e ne è diretta promanazione (esegue in base a «ordini»). Ha un rapporto strettamente fiduciario, etc...)

Tutto il potere è concentrato in mano al sovrano («L' Etat c'est moi»),

La PA agisce per ATTI AUTORITATIVI UNILATERALI (diversi dai CONTRATTI)!!

Con lo Stato di diritto e il costituzionalismo (monarchie costituzionali) la sovranità viene divisa in più CENTRI (Montesquieu) e si realizza un «bilanciamento» tra i poteri

# Il diritto amministrativo e la Pubblica amministrazione

6

Viene privilegiata la Legge, espressione delle Assemblee rappresentative che sono il «nuovo Sovrano» (p. di legalità)

Si parla di STATO di DIRITTO perché lo stesso potere esecutivo è soggetto al diritto («Ci sarà un Giudice a Berlino»!)

Il punto di riferimento è la LEGGE (questione delicata: fedeltà alla Legge (es. Costituzione) o alla maggioranza politica del momento (il cd. «spoil sistem»).

Se al Sovrano si sostituisce la LEGGE e al suddito il CITTADINO, la PA mantiene però una posizione di superiorità e autorità nei confronti del cittadino (diritto pubblico versus diritto privato)

Il cittadino rimane in uno stato di «SOGGEZIONE» (esempio dell' esproprio) . Il diritto della PA (diritto pubblico) ha proprie regole, principi, un giudice ad hoc...

# Il diritto amministrativo e la Pubblica amministrazione

7

Non tutti i sistemi però sono sistemi a «diritto amministrativo»

I sistemi di «Common Law» (Inghilterra e Nord America) non hanno – in origine – un apparato burocratico come il nostro.

Si parla di «supremacy of law» e di «rule of law» per sottolineare che c'è un unico diritto e un unico giudice.

Si chiamano anche in modo diverso «Civil service»....

Nascono – geneticamente- a servizio del cittadino (differenza con i nostri sistemi...)

Oggi però c'è una certa convergenza con una espansione anche in questi sistemi degli apparati amministrativi.

# Il diritto amministrativo e la Pubblica amministrazione

8

Le differenze tra i due sistemi:

- 1) Genesi ed estensione: nei sistemi continentali gli apparati servono al potere (autoreferenziali) / nei sistemi di CL vale il principio di sussidiarietà (la PA interviene solo quando il privato non basta). Questo si riflette anche sulla concezione che la PA ha di sé stessa (orientata al servizio o strumento di potere)
- 2) Organi e funzionamento : nei sistemi continentali sistema gerarchico e processo decisionale DISCENDENTE (dall' alto al basso)/ nei sistemi di CL dal basso all' alto
- 3) Statuto istituzionale: nei sistemi continentali è uno dei tre poteri: nasce il problema di garantire il corretto esercizio del potere e tutelare i cittadini: nasce il Diritto amministrativo e il Giudice amministrativo. /nei sistemi di CL la PA è diretta emanazione del potere legislativo ; diritto comune e giudice ordinario

# Il diritto amministrativo e la Pubblica amministrazione

9

I COMPITI della PA : funzioni d'ordine (difesa affari esteri, giustizia, finanze, sicurezza e ordine pubblico); sviluppo economico / servizi alla persona / interventi legati al territorio

In continua ESPANSIONE per vari fattori: 1) interventismo economico (dibattito sempre aperto...) ; 2) Stato sociale (istruzione, promozione culturale, assistenza sanitaria e sociale, la previdenza, : queste PA diventano sempre più importanti e cruciali ); 3) nuovi modelli sociali (cambiano le famiglie) (asili nido, etc...)

Le CONSEGUENZE:

- Trasferimento di rilevanti quote di potere da Parlamento a PA
- Crescita di poteri discrezionali
- La normazione è autoprodotta (DPCM, Decreti legge, Decreti legislativi)

# Il diritto amministrativo e la Pubblica amministrazione

10

Si pongono le seguenti questioni:

- quale LEGITTIMAZIONE ha la PA?
- Necessità di nuove regole per la discrezionalità (partecipazione cittadini, etc...)
- Creazione di nuovi soggetti pubblici (le Autorità)
- Nuovo ruolo del cittadino (da soggetto che si «difende» a soggetto che partecipa e si «accorda»)
- Il tema delle garanzie e il ruolo del Giudice amministrativo

# La PA italiana e la sua evoluzione

11

Dopo l' unità di Italia si sceglie il modello napoleonico

Soluzione NON scontata data la fitta rete di Comuni (anzi, in controtendenza)

Soluzione scelta ad hoc: a sostegno della fragile unità politica (altra Italia: votano nel 1861, il 1,9 % della popolazione!)

Soluzione per consolidare il Regno: modello centralistico a centro debole» (a differenza della Francia!)

Il modello MINISTERIALE: struttura a forma di piramide rovesciata / due livelli (centrale e periferica) / titolare di estrazione politica (Ministro) / macro settore con burocrazia stabile e specializzata / Principio gerarchico /

# La PA italiana e la sua evoluzione

12

## VANTAGGI:

specializzazione saperi, divisione netta dei compiti, agevole e intenso coordinamento, unicità del comando, personale stabile.

Stato TOLEMICO (tutto ruota su Roma e cioè sul centro) / Esempio MIN interno e Prefetture o MIBACT e Soprintendenze

Rigido sistema di controlli centrali (Corte dei Conti) e periferici (Prefetto) in genere preventivi

Creazione di Giudici ad hoc, specializzati e che ben conoscono la PA

# La PA italiana e la sua evoluzione

13

## SVANTAGGI:

- Assenza o debolezza del Parlamento tagliato fuori dalle scelte strategiche;
- La PA si scrive le regole...
- Centralismo senza centro (manca una sede di sintesi)
- Uniformità del modello, ma poi infinite deroghe (nascita di apparati paralleli; fenomeno attualissimo, basti pensare ai vari «commissari»...)
- Scontro tra sistema statale e sistema delle AUTONOMIE LOCALI (mancano strumenti di raccordo): problema attualissimo! (esempio i conflitti tra sindaci e prefetti, tra sindaci e soprintendenti, tra Regioni e Governo, etc...)
- Tutela parziale del cittadino (giudice non sempre «terzo») (problema del reclutamento dalla PA e funzioni «consultive» del Consiglio di Stato)

# La PA italiana e la sua evoluzione

14

L'età Giolittiana e poi il Fascismo : forte sviluppo della spesa pubblica; nascita molti nuovi enti e aziende. Forte impulso anche alla redazione di Testi Unici e di Leggi molto «razionaliste» (ben fatte, sopravvivono ancora adesso...)

Il Fascismo e le sue strutture organizzative (Camera dei Fasci, etc..)

La COSTITUZIONE: forte occasione sprecata! Poteva osare, ma invece sceglie la conferma e la normalizzazione (ribadisce il modello ministeriale e il GA)

La riforma regionale negli anni 70 (DPR 616/1977): non c'è la contestuale riforma dell' Amministrazione statale....

Riforma del «gambero» : prima passi avanti e poi passi indietro (esempio tipico: panurbanistica alle Regioni e disastri ambientali)

# La PA italiana e la sua evoluzione

15

Negli anni 90, il sistema entra in crisi!

Varie ragioni della crisi:

- 1) PA sovraccarica ed incapace di decidere; forte la spinta dell' UE (es. appalti e risarcimento danni);
- 2) Nuovi vincoli Comunitari (liberalizzazioni, concorrenza, forte spinta all' apertura del mercato, Patto di stabilità). **Finisce la possibilità della PA di scaricare le sue disfunzioni sulla spesa pubblica.**
- 3) Dinamiche interne (mani pulite e la corruzione; la nascita della Lega e «Roma ladrona»): fuori la politica dalla PA!
- 4) Le disfunzioni della PA si scaricano sul sistema economico (diventano fondamentali i servizi, i trasporti, i tempi della giustizia, etc...). La ricerca dell' EFFICIENZA della PA

# La PA italiana e la sua evoluzione

16

LE RIFORME: su vari livelli

- 1) **Livello COSTITUZIONALE:** una costituzione bellissima, ma solo sui principi fondamentali. La modifica del TITOLO QUINTO: nuova ripartizione competenze legislative tra Stato e Regione / Nuova suddivisione di compiti (che creerà molti conflitti!!) / Principio di sussidiarietà / Pluralismo istituzionale paritario (però ci si renderà conto che in certi casi non funziona, vedi Pandemia...!)
- 2) **ATTIVITA' AMMINISTRATIVA:** La 241/1990 (una riforma che funziona!) obbligo di concludere il procedimento / tempi certi / motivazione/ partecipazione / responsabilità della PA / Trasparenza e accesso / accordi / Nuovi modelli decisionali (conferenza di servizi) / la «liberalizzazione» .

Ci si rende conto che il rispetto del principio di legalità non basta!! La PA si legittima solo con il consenso e la partecipazione

# La PA italiana e la sua evoluzione

17

## 3) L' ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA:

Ridurre la «taglia» della PA / fuori la politica dalla PA (nuovo ruolo della dirigenza) / Separazione tra attività di INDIRIZZO e CONTROLLO (Organi politici) e attività di GESTIONE (Dirigenti) / «Privatizzazione» del Pubblico impiego (giudice del lavoro) / Sussidiarietà verticale (allocazione funzioni) e orizzontale (ruolo della «Società civile») / Privatizzazioni e dismissioni (resta pubblica l' attività di «regolazione») / Liberalizzazione di molte attività private (art. 19 della L. n. 241/1990) /

Tutte riforme condivisibili, ma che spesso non funzionano: l' esempio del nuovo ruolo della Dirigenza locale in rapporto con l' elezione diretta del Sindaco. Il Sindaco, eletto direttamente, tende ad «ingerirsi» nella gestione.....

# La PA italiana e la sua evoluzione

18

## 4) La riforma dell' AMMINISTRAZIONE LOCALE (142/1990)

- Il nuovo ruolo del Segretario locale
- L' eliminazione dei controlli preventivi (CORECO)
- Il ruolo del Direttore generale (City manager)
- La riforma dei SERVIZI PUBBLICI LOCALI (nascita delle Società pubbliche, Multiutility (oggi potentissime); / apertura al mercato / le società in house
- Nuovo ruolo del Sindaco
- Lo Statuto e la possibilità di differenziare l' organizzazione di Milano da quella di un piccolo Comune;
- Nuovi strumenti di partecipazione (referendum)

# La PA italiana e la sua evoluzione

19

## 5) LA riforma dell' AMMINISTRAZIONE STATALE

- Nuovi sedi di confronto (CONFERENZE Stato / Regioni e Conferenza unificata): sedi di coordinamento tra i diversi livelli di governo; sedi di incontro e cooperazione.
- Autorità indipendenti (Sciopero nei servizi pubblici essenziali, garante per la radiodiffusione e le comunicazioni, Autorità garante per la concorrenza e il mercato, Garante per la privacy, Garante per l' energia elettrica e il Gas, Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) . Hanno funzioni di regolazione, esecutive (es. in materia di tariffe) paragiurisdizionali). Sono autonome e con garanzie organizzative e finanziarie
- Riforma dei Ministeri (Dipartimenti e Direzioni generali)
- Muta anche il potere di controllo (da preventivi a controlli successivi sulla gestione)

# La PA italiana e la sua evoluzione

20

Un grande «nodo» irrisolto:

Federalismo ed autonomia finanziaria

Non c'è reale autonomia senza autonomia finanziaria.

FINANZA sempre di «TRASFERIMENTO»

Il rispetto di regole UE (Patto di stabilità) ha portato ad una impossibilità di spesa autonoma anche da parte degli Enti più «virtuosi»...

Effetto negativo...

Senza una reale riforma sotto questo profilo, gli Enti Locali saranno sempre «Centro - dipendenti» e non realmente autonomi (si pensi alla spesa sanitaria regionale....)

Ripensare anche il riparto delle funzioni tra Stato e Regioni (la Pandemia ha mostrato tutti i limiti)

# Conflitti fra norme giuridiche

21

Una pluralità di norme: esigenza della certezza del diritto e del principio di non contraddizione (esempi su asseverazione del professionista)

Nel nostro Ordinamento le norme giuridiche presentano due caratteristiche principali che sono l'astrattezza e la genericità.

Questo fa sì che spesso si verificano dei veri e propri conflitti fra le norme stesse e per risolverli vi sono **4** criteri cui si può ricorrere:

- 1) criterio gerarchico: la norma di rango superiore prevale su quella di rango inferiore.
- 2) criterio cronologico: nel caso di norme di pari rango prevale quella di ultima emanazione
- 3) principio di specialità: fra una norma di portata generale e una norma speciale, prevale quella con carattere di specialità
- 4) principio di competenza: nel caso di conflitto fra regole di pari grado, prevale la regola posta dalla fonte individuata come competente ad emanarla

# Ordine di gerarchia fra fonti normative

22

Le fonti normative presenti nel nostro Ordinamento si possono suddividere in due macrocategorie:

- fonti normative primarie
- fonti normative secondarie

Possiamo classificare come fonti di rango primario le seguenti:

- ▶ La Costituzione e i Trattati (tema)
- ▶ Fonti normative dell'Unione Europea
- ▶ Le Leggi dello Stato, i Decreti legislativi e i Decreti Legge
- ▶ Cosa vuol dire «valore» (corte Cost. e referendum) e «forza» di Legge

# La Costituzione

23

La Costituzione è il testo legislativo fondamentale scritto (139 articoli) del nostro Ordinamento giuridico ed è caratterizzata da un aspetto fondamentale che è la sua rigidità: non può modificarsi per tramite di semplice un semplice procedimento legislativo ordinario ma serve apposita Legge di revisione costituzionale.

IL rapporto con i Trattati (artt. 11 e 117). Il rispetto dei principi fondamentali

Articoli di riferimento per la P.A. contenuti nella Costituzione:

- I. art. 23 della Cost. → reca il principio di legalità per cui nessuna prestazione patrimoniale o personale può essere imposta se non in forza di Legge.
- II. art. 97 della Cost. → l'agire della P.A. deve essere sempre improntato ai principi di legalità, buon andamento e imparzialità.
- III. art. 103 della Cost. → viene enunciata la tutela degli interessi legittimi
- IV. art. 113 della Cost. → contro gli atti della P.A. è sempre ammessa tutela giurisdizionale davanti al Giudice ordinario e amministrativo

# Fonti normative di rango comunitario (UE)

Le fonti normative principali di rango primario che derivano di provenienza europea sono:

Principi che derivano dai Trattati: sussidiarietà, leale cooperazione, etc....

- ▶ Regolamenti dell'Unione europea → sono atti normativi vincolanti ad attuazione immediata in ciascun Ordinamento e che vengono recepiti direttamente in ogni Paese facente parte dell'Unione.
- ▶ Direttive comunitarie → sono atti normativi che dettano degli indirizzi o meglio dei principi che ciascun Paese membro deve seguire, recepandone i contenuti per tramite della normativa nazionale ed entro il termine specificato nella Direttiva.
- ▶ Decisioni, Raccomandazioni e Pareri → le decisioni sono obbligatorie in tutti i loro elementi mentre le raccomandazioni e i pareri non creano alcun diritto o obbligo per i destinatari, ma possono fornire indicazioni sull'interpretazione e il contenuto del diritto dell'Unione.
- ▶ Molto importanti anche le pronunce della Corte di Giustizia

# Breve excursus sulla Costituzione

25

- ▶ Art. 1: fondata sul Lavoro
- ▶ 2: la persona tutelata come singolo e nelle formazioni sociali
- ▶ 3: eguaglianza formale e sostanziale
- ▶ 5: le autonomie locali e il decentramento
- ▶ 9 : la tutela della cultura e del paesaggio (evoluzione)
- ▶ 23: nessuna prestazione personale o patrimoniale senza LEGGE
- ▶ 24: diritto di difesa
- ▶ 25 Giudice naturale precostituito e nullum crimen sine lege
- ▶ 27 pena riabilitativa e presunzione di innocenza

# segue

26

28: responsabilità PA e dei suoi dipendenti

32: diritto alla salute come diritto del singolo e interesse della Collettività

33 e 34: arte e scienza libera e libero insegnamento. Scuola aperta

36: retribuzione dignitosa

41: iniziativa economica libera ma non in contrasto con la con utilità sociale e dignità

42: proprietà pubblica e privata. Funzione SOCIALE della proprietà, La proprietà può essere espropriata per motivi di interesse generale (indennizzo)

97 : imparzialità e Buon andamento

98: accesso con concorso e servizio alla Nazione

100: giustizia amministrativa

103: tutela interessi legittimi

113: tutela nei confronti della PA

117 : riparto funzione legislativa

# Riserva di legge . Decreti legislativi e Decreti Legge

27

- ▶ La riserva di Legge (vincolo negativo e vincolo positivo) e la Legge
- ▶ Decreto Legislativo (art. 76 Cost.): è un atto avente forza di Legge che viene adottato dal Governo, previa legge delega da parte del Parlamento; legge delega in cui vengono indicati i principi e i criteri direttivi a cui deve conformarsi il Governo nell'esercizio della delega stessa.
- ▶ Decreto Legge (art. 77 Cost.): il Governo ha il potere solo in casi eccezionali di straordinarietà ed urgenza di emanare atti con forza di legge. Questi entro 60 giorni però devono essere convertiti in Legge altrimenti decadono.
- ▶ L' abuso dello strumento e i rischi per il principio di legalità

# Fonti normative secondarie

28

- Regolamenti :
  - sono atti formalmente amministrativi con forza normativa che “specificano” quanto già indicato nelle fonti primarie e con esse non possono entrare in contrasto. (esecutivi, attuativi, organizzativi, ..)
  - a loro volta possono essere suddivisi in regolamenti di provenienza statale e non statale. I regolamenti non statali sono quelli emanati dagli Enti Locali (Comuni, Province..). Ne sono un esempio i regolamenti edilizi.
  - Atti amministrativi generali (piani o bandi)
- Ordinanze contingibili e urgenti : sono atti **atipici** dell'autorità amministrativa adottati sul presupposto della necessità e dell'urgenza per far fronte a concrete situazioni emergenziali. Tali strumenti atipici sono destinati ad avere efficacia **per un periodo di tempo limitato**. (esempi e problemi). Possono violare principi fondamentali??

# Norme interne, circolari, prassi

29

- ▶ Le norme interne, le Circolari, e la prassi e la consuetudine
- ▶ Non sono fonti dell' Ordinamento generale: rilevano come vizi (eccesso di potere per disparità di trattamento, etc... o come violazione del principio di tutela dell' affidamento).
- ▶ Diverse ancora sono le **REGOLE DEONTOLOGICHE** che sono principi che regolano un Ordinamento particolare e si applicano solo agli appartenenti a quella professione (esempio delle varie e diverse Professioni=)

# Gli Enti Pubblici e gli indici di riconoscimento

30

Il tema: snidare la «pubblicità»...a tutela del cittadino

Alcune regole: dal 1975 gli enti pubblici devono essere istituiti per legge

Però per i casi dubbi abbiamo «indici di riconoscimento»:

- Perseguimento interesse pubblico;
- Uso di denaro pubblico
- Nomina dei vertici da parte della Pubblica Amministrazione;
- Controllo successivo sull' uso del denaro pubblico (corte dei conti)

Tema importante anche per le regole sugli appalti (organismi di diritto pubblico)

# Caratteristiche Enti

31

Ci sono Enti ad appartenenza necessaria e enti che non hanno questa caratteristica. Enti pubblici economici sono quelli che devono garantire l' equilibrio di bilancio. Gli Enti Locali. Le Autorità indipendenti

Le caratteristiche: AUTONOMIA; AUTARCHIA (disporre potestà pubblicistiche); AUTOTUTELA; AUTOGOVERNO .

La distinzione tra **ORGANI e UFFICI**

ORGANI: titolari di una sfera di competenze attribuite all' Ente. In virtù del rapporto di «immedesimazione organica» imputano i loro atti all' Ente (collegiali o monocratici) (esempi)

UFFICIO: insieme di persone fisiche e mezzi aventi funzione strumentale e servente rispetto alle funzione degli organi

# I rapporti tra gli organi e gli organi collegiali

32

- ▶ I rapporti tra gli organi: GERARCHICI (avocazione, ordine, controllo e sostituzione, potere disciplinare); DIREZIONE e CONTROLLO (direttive e indirizzo) ; COORDINAMENTO PARITARIO
- ▶ Organi collegiali PERFETTI (specifica competenza; supplenti) e IMPERFETTI. Il QUORUM per i perfetti
- ▶ Le regole di funzionamento organi collegiali:
  - Convocazione con congruo anticipo
  - Ordine del giorno predefinito;
  - Verifica quorum strutturale;
  - La discussione e la votazione (palese e segreta)

# Segue organi collegiali

33

- Il quorum funzionale
- Gli astenuti
- L' obbligo di astensione (art, 6 bis della L. n. 241/1990) e l' abuso d' ufficio
- La proclamazione del risultato
- La verbalizzazione (efficacia costitutiva o meramente dichiarativa?)
- Il ruolo del segretario e il valore del verbale (fino a querela di falso)
- Il tema della PROGATIO e le nullità per gli atti eccedenti l' ordinaria amministrazione
- Il controllo della correttezza e il contrasto alla corruzione: il RPCT

# L'attività amministrativa

34

- ▶ Le posizioni giuridiche soggettive nel nostro Ordinamento:
- ▶ 1) **DIRITTO SOGGETTIVO**: posizione di vantaggio che riconosce determinate utilità ad un soggetto in ordine a determinati beni e tutela tali utilità in modo pieno e immediato: Giudice Ordinario (esempi)
- ▶ 2) **INTERESSE LEGITTIMO**: situazione soggettiva in cui non c'è tutela diretta e autonoma, ma la tutela passa attraverso l'interesse alla LEGITTIMITÀ dell'azione amministrativa da parte di un soggetto che rispetto alla stessa si trova in una posizione «differenziata»: Giudice Amministrativo
- ▶ Esempi!!

# segue

35

- ▶ Le varie tipologie di INTERESSE LEGITTIMO:
- ▶ Oppositivo (esempi: esproprio)
- ▶ Pretensivo (iscrizione all' Università)
- ▶ Procedimentali
- ▶ Diffusi o collettivi

Gli interessi di MERO FATTO (privi di tutela) (esempi)

La distinzione tra **NORME di RELAZIONE e NORME di AZIONE** (nel d. soggettivo il Legislatore detta norme di relazione; per l' interesse legittimo, invece, norme di azione)

Il tema del risarcimento della lesione dell' interesse legittimo (ad esempio il mancato rispetto dei termini di conclusione del procedimento).

Devo provare la lesione del «bene della vita» a cui si aspira?

# L'attività amministrativa

36

- ▶ Il modo con cui la PA provvede alla cura degli interessi pubblici ad essa affidati.
- ▶ Ci sono vari principi costituzionali (imparzialità, buon andamento, legalità)
- ▶ Un super principio: proporzionalità e ragionevolezza
- ▶ Altri principi: economicità, efficacia, efficienza ed eticità; pubblicità e trasparenza; partecipazione; giusto procedimento e contraddittorio; tutela del legittimo affidamento, correttezza e buona fede
- ▶ Altri principi dell'ordinamento unione europea: tutela della par conditio e evidenza pubblica-

# La discrezionalità

37

- ▶ Abbiamo già visto che è lo spazio che la Legge lascia all' amministrazione per concretizzare i fini che la Legge indica (se, come, quando...) .
- ▶ Abbiamo una **DISCREZIONALITA AMMINISTRATIVA**: la definiamo il bilanciamento tra i vari contrapposti interessi pubblici e privati coinvolti dalla decisione amministrativa. L' acquisizione degli interessi avviene nella fase istruttoria. (esempi). Molto importante la partecipazione degli interessati.
- ▶ A questa si contrappone la **DISCREZIONALITA TECNICA**: qui la scelta dell' Amministrazione avviene sulla base delle regole di una specifica tecnica e/o scienza (esempi).
- ▶ Diverso ancora è l' **ACCERTAMENTO TECNICO** che dà risultati certi e ripetibili (esempi). Qui non c'è discrezionalità.

# Il procedimento amministrativo

38

La dottrina (SANDULLI e altri) rilevano che la Pa agisce secondo un modello che viene definito PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

***E' la sequenza di atti e operazioni preordinati all' emanazione di un PROVVEDIMENTO amministrativo.***

Si articola in 3 FASI, più una eventuale: **INIZIATIVA** (d' ufficio o su istanza di parte); **ISTRUTTORIA** (fase di acquisizione degli interessi e cioè del materiale per decidere); **DECISORIA** (assunzione del provvedimento); **INTEGRATIVA dell' EFFICACIA** (quando il provvedimento non è immediatamente efficace, ma necessita, per acquisire efficacia, di una fase di controllo o di pubblicazione) (esempi)

Il procedimento si deve chiudere 1) entro tempi CERTI; 2) con un PROVVEDIMENTO ESPRESSO (o si o no) .

Dal 1990 c'è un **RESPONSABILE del PROCEDIMENTO**

- ▶ Il tema del SILENZIO: vari tipi di silenzio: il silenzio ASSENSO; il SILENZIO RIGETTO e il silenzio INADEMPIMENTO.
- ▶ Il silenzio è comunque «patologico» (soprattutto quello inadempimento) e ai sensi dell' art. 2 bis della L. n. 241/990 comporta il possibile risarcimento del danno.
- ▶ SE c'è silenzio assenso e si forma un provvedimento illegittimo la PA deve agire in autotutela (lo vedremo meglio in seguito)
- ▶ Il PROVVEDIMENTO: **atto unilaterale, avente rilevanza esterna posto in essere da una PA, nell' esercizio di una specifica funzione amministrativa conferita dalla Legge-**
- ▶ ATTO UNILATERALE: si attua anche contro la volontà del destinatario (esempi). La differenza rispetto al contratto. Si parla anche di ESECUTORIETA' (cioè possibilità che il comando venga portato ad esecuzione)

- ▶ Con RILEVANZA ESTERNA: cioè modifica, costituisce o estingue determinate situazioni soggettive (ciò lo differenzia dagli «ATTI» amministrativi in senso stretto come i pareri e le valutazioni). In realtà spesso si parla (impropriamente) di atti amministrativi facendo riferimento, in realtà, a provvedimenti amministrativi.
- ▶ Posto in essere da una PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: sono provvedimenti solo quelli che promanano da una PA (ad esempio, una SCIA NON è un provvedimento amministrativo)
- ▶ Nell' esercizio di una SPECIFICA FUNZIONE CONFERITA dalla LEGGE: in ossequio al principio di legalità, i provvedimenti amministrativi sono atti TIPICI e NOMINATI e costituiscono un numero chiuso (sono quelli e solo quelli). A differenza dal diritto civile ove vige il principio di atipicità dei contratti. Ad esempio per l' esproprio il decreto o per gli abusi l' ordinanza di demolizione (non si potrebbero creare altri tipi di provvedimenti)
- ▶ Anche gli strumenti urbanistici sono quelli e solo quelli (esempi)

# Segue provvedimenti

41

- ▶ La differenza tra **AUTORIZZAZIONI** (rimozione di un limite all' esercizio di un diritto che già ho) e le **CONCESSIONI** costituzione ex novo di un diritto che non ho, che mi viene trasferito, ampliando la mia posizione: concessioni traslative – o costituito ex novo – concessioni costitutive).
- ▶ L' esempio della CONCESSIONE EDILIZIA che era , in realtà, per la Corte Cost. una autorizzazione! Ora Permesso di costruire.
- ▶ Gli atti SFAVOREVOLI (ABLATORI o che ORDINANO di tenere certi comportamenti)
- ▶ Gli ATTI di AUTOTUTELA o di SECONDO GRADO

# Gli elementi essenziali dell' atto (*rectius*: del provvedimento)

- ▶ SOGGETTO (chi emana l' atto) Problemi possibili
- ▶ OGGETTO (ciò su cui cade l' azione amministrativa): deve essere esistente! (esempi)
- ▶ CONTENUTO (quello previsto dalla Legge)
- ▶ FORMA (scritta e non) Forma scritta per tutta l' attività negoziale e contrattuale della PA a pena di inesistenza
- ▶ FINALITA' / FINE TIPICO (quello determinato dalla Legge: altrimenti sviamento!) Esempi
- ▶ VOLONTA (deve esistere se no il provvedimento è nullo)
- ▶ Altri elementi «accidentali»: termine o condizione (esempi)

# Il principio di proporzionalità (attualissimo!)

43

La violazione dei principi di proporzionalità «va verificato secondo la tecnica dei tre gradini: **l'idoneità, la necessità e l'adequatezza**. L'idoneità è la capacità dell'atto a raggiungere gli obiettivi che lo stesso si propone. Il principio di necessità orienta la scelta tra più mezzi astrattamente idonei al raggiungimento dell'obiettivo prefissato e permette di individuare quello ugualmente efficace, ma che incida meno negativamente nella sfera del singolo. Una volta che l'atto è idoneo e necessario, se ne dovrà valutare la tollerabilità da parte del privato in funzione del fine perseguito (adequatezza)" (T.A.R. Lombardia, Milano, 8 aprile 2014, n. 928; cfr., ex multis, T.A.R. Campania n. 1477/2015, T.A.R. Lombardia, Milano, n. 1999/2014, T.A.R. Umbria, Perugia, n. 116/2016);

# L' art. 2 della L. n. 241/1990

44

- ▶ 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. (comma così modificato dall'art. 1, comma 38, legge n. 190 del 2012).
- ▶ 2. Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni....

# Segue

45

6. *I termini per la conclusione del procedimento decorrono dall'inizio del procedimento d'ufficio o dal ricevimento della domanda, se il procedimento è ad iniziativa di parte.*

7. *Fatto salvo quanto previsto dall'art. 17, i termini di cui ai commi 2, 3, 4 e 5 del presente articolo **possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a 30 giorni,** per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.*

# Il potere sostitutivo

46

- ▶ La L. 35/2012 ha aggiunto (nell' art. 2):
- ▶ 9-bis. L'organo di governo individua, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione, il soggetto cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Nell'ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione
- ▶ 9-ter. Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il privato può rivolgersi al responsabile di cui al comma 9-bis perché, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, concluda il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario.

# Il danno da ritardo

47

- ▶ Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento (Art. 2-bis.
- ▶ **DANNO DA RITARDO**
- ▶ *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.*
- ▶ **L'INDENNIZZO PER IL RITARDO**
- ▶ 1-bis. Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento. (comma introdotto dall'art. 28, comma 9, legge n. 98 del 2013)

# LA MOTIVAZIONE: un «triangolo»

48

Ogni provvedimento amministrativo (compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale) deve essere MOTIVATO, salvo che gli atti normativi e quelli a contenuto generale (art. 3, c. 1 e 2).

La motivazione deve indicare 1) **I PRESUPPOSTI DI FATTO**; 2) **LE RAGIONI GIURIDICHE** che hanno determinato la decisione, IN RELAZIONE ALLE 3) **RISULTANZE DELL'ISTRUTTORIA** richiamando espressamente quanto esposto nel preambolo. (art. 3, c. 1).

Se le ragioni della decisione risultano da ALTRO ATTO richiamato nella decisione stessa, deve essere INDICATO E RESO DISPONIBILE.

Va indicato il termine e l' autorità a cui ricorrere.

# Il Responsabile del procedimento

49

- ▶ UNITA' ORGANIZZATIVA RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO (ART. 4 L. 241/90)
- ▶ OBBLIGO DI DETERMINARE PER CIASCUN TIPO DI PROCEDIMENTO L'UNITA' ORGANIZZATIVA:
- ▶ RESPONSABILE DELL'ISTRUTTORIA
- ▶ E DI OGNI ALTRO ADEMPIMENTO PROCEDIMENTALE
- ▶ NONCHE' L'ADOZIONE DEL PROVVEDIMENTO FINALE
- ▶ OBBLIGO DI RENDERE PUBBLICHE LE DISPOSIZIONI ADOTTATE SECONDO QUANTO SOPRA

# RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO (ART. 5)

50

IL DIRIGENTE DELL'UNITA' ORGANIZZATIVA PROVVEDE AD ASSEGNARE A SE' O AD ALTRO DIPENDENTE DELL'UNITA' ORGANIZZATIVA:

LA RESPONSABILITA' DELL'ISTRUTTORIA E DI OGNI ALTRO ADEMPIMENTO INERENTE IL SINGOLO PROCEDIMENTO, NONCHE' EVENTUALMENTE L'ADOZIONE DEL PROVVEDIMENTO FINALE

FINO ALL'ASSEGNAZIONE SUDDETTA E' CONSIDERATO RESPONSABILE DEL SINGOLO PROCEDIMENTO IL FUNZIONARIO PREPOSTO ALL'UNITA' ORGANIZZATIVA DETERMINATA AI SENSI DELL'ART. 4, C. 1

# COMPITI DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO (ART. 6)

51

- ▶ VALUTA, AI FINI ISTRUTTORI, LE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ, I REQUISITI DI LEGITTIMAZIONE ED I PRESUPPOSTI CHE SIANO RILEVANTI PER L'EMANAZIONE DEL PROVVEDIMENTO;
- ▶ ACCERTA D'UFFICIO I FATTI, DISPONENDO IL COMPIMENTO DEGLI ATTI ALL'UOPO NECESSARI, E ADOTTA OGNI MISURA PER L'ADEGUATO E SOLLECITO SVOLGIMENTO DELL'ISTRUTTORIA. IN PARTICOLARE, PUÒ CHIEDERE IL RILASCIO DI DICHIARAZIONI E LA RETTIFICA DI DICHIARAZIONI O ISTANZE ERRONEE O INCOMPLETE E PUÒ ESPERIRE ACCERTAMENTI TECNICI ED ISPEZIONI ED ORDINARE ESIBIZIONI DOCUMENTALI;
- ▶ PROPONE L'INDIZIONE O, AVENDONE LA COMPETENZA, INDICE LE CONFERENZE DI SERVIZI DI CUI ALL'ART. 14;

# segue

52

CURA LE COMUNICAZIONI, LE PUBBLICAZIONI E LE NOTIFICAZIONI PREVISTE DALLE LEGGI E DAI REGOLAMENTI;

ADOTTA, OVE NE ABBA LA COMPETENZA, IL PROVVEDIMENTO FINALE, OVVERO TRASMETTE GLI ATTI ALL'ORGANO COMPETENTE PER L'ADOZIONE. L'ORGANO COMPETENTE PER L'ADOZIONE DEL PROVVEDIMENTO FINALE, OVE DIVERSO DAL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO, NON PUÒ DISCOSTARSI DALLE RISULTANZE DELL'ISTRUTTORIA CONDOTTA DAL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO SE NON INDICANDONE LA MOTIVAZIONE NEL PROVVEDIMENTO FINALE.

Si può dire (vedi GA) che ha un vero e proprio **<obbligo di soccorso>**

# Il Conflitto di interessi....

53

- ▶ Art. 6-bis. <Conflitto di interessi>



Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

- ▶ (V. anche Obbligo di astensione del Codice comportamento nazionale – D.P.R. 16 aprile 2013 n. 62: Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero di soggetti o organizzazione con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza.)

# LA COMUNICAZIONE DI AVVIO (ART. 7)

54

PREVISIONE CENTRALE, non solo per la collocazione, ma perché STRUMENTALE alla PARTECIPAZIONE:  
SE MANCA è viziata la sequenza del procedimento

COMUNICAZIONE:

misura di conoscenza INDIVIDUALE

destinatari DETERMINATI (quali?): anche chi può subire un PREGIUDIZIO! (esempi)

no formalità: NOTIFICA (se alto numero di destinatari: idonee forme di pubblicità)

CONTENUTO

P.A. competente e la data di avvio

oggetto del procedimento

ufficio e persona responsabile del procedimento

ufficio in cui è possibile prendere visione degli atti.

la data di conclusione e i rimedi in caso di inerzia

# LA PARTECIPAZIONE

55

## 3 FUNZIONI:

- \* GARANZIA del CITTADINO
  - \* MIGLIORE QUALITA' dell'AZIONE PUBBLICA
  - \* MAGGIORE CONSENSO
- MODELLO FRANCESE (contrapposta a quello angloamericano del "DUE PROCESS of LAW")
  - CONTRADDITTORIO solo DOCUMENTALE
  - PRESENTAZIONE MEMORIE SCRITTI e DOCUMENTI che la P.A. ha l'obbligo di valutare (ove pertinenti).

Una partecipazione un po' datata ed asfittica...

# Art. 10 bis

56

Ai sensi del presente art.

- nei procedimenti avviati ad istanza di parte, la PA procedente, prima di emanare formalmente un provvedimento negativo, deve comunicare all'istante i motivi che ne impediscono l'accoglimento.

Entro 10 giorni (dalla comunicazione) l'istante può presentare osservazioni del cui eventuale mancato accoglimento la PA deve dar ragione nella motivazione del provvedimento di diniego

- se tale provvedimento viene annullato in giudizio, in caso di nuovo procedimento, la PA, non può addurre motivi emersi nell'istruttoria provvedimento annullato.

la comunicazione ex art. 10 – bis sospende i termini di conclusione del procedimento che riconfanno a decorrere:

a) dopo la presentazione delle osservazioni (se formulate); oppure in mancanza

b) 10 giorni dopo il ricevimento della comunicazione dei motivi ostativi.

Fra i motivi ostativi, la PA, non può addurre inadempienze o ritardi alla stessa attribuibili.

# L' art. 12 e la cd. «evidenza pubblica»

57

l' art. 12 della L. n. 241/1990, prevede che, in presenza di “utilità” contendibili fra più soggetti dell' Ordinamento, occorre procedere **secondo modalità predeterminate, trasparenti, imparziali e (aggiungiamo noi), “partecipate” (predeterminazione dei criteri)**

L' esigenza discende dagli stessi principi del diritto “comune”, se si considera che la Pubblica Amministrazione può dirsi, indubbiamente, “monopolista” e l' art. 2597 del Cod. civile prevede che il monopolista agisca “osservando la parità di trattamento.

Ciò vale per ogni contratto attivo e passivo, ma anche per l' assegnazione delle sedi alle associazioni di volontariato all' assegnazione di terreni ad associazioni di cercatori di tartufi e cioè per ogni attività che sia «contendibile» fra più soggetti

# ACCORDI con i PRIVATI (art. 11)

58

.....dall'atto UNILATERALE e IMPERATIVO all'ACCORDO

MODULO GENERALE ed ALTERNATIVO?

I DUE TIPI di ACCORDI: integrativi e sostitutivi

LA NATURA GIURIDICA: accordi di diritto pubblico (no contratti)

I Limiti:

- no pregiudizio per i terzi
- discr. della decisione
- forma scritta
- facoltà di recesso unilaterale (che deroga al <*pacta sunt servanda*>)

LE GRANDI POTENZIALITÀ (SE USATI CORRETTAMENTE!)...., ma anche i RISCHI.....

ESEMPI.

# L' esplosione della «consensualità»: vantaggi e rischi....

59

Nuovi scenari: la PA sta cambiando ed è cambiato il ruolo dei privati (diritto amministrativo “paritario”: il nuovo cittadino – BENVENUTI) (il cittadino negozia su un piano tendenzialmente paritario con la PA)

Il privato come soggetto compartecipe dell' azione amministrativa: **la legittimazione dell' efficienza e del consenso**

Il contributo dei privati all' attuazione del Piano: c'è sempre stato (Conv. di Lottizzazione) ed è fenomeno ineludibile: oggi la legittimazione non deriva più dal mero rispetto della Legge, ma si gioca in termini di **EFFICIENZA, CONSENSO, TRASPARENZA, SEMPLIFICAZIONE dei PROCESSI, etc...** Poi c'è una indubbia “scarsità di risorse pubbliche”.

Gli accordi portano sul tavolo ciò che stava “sotto”: l'importanza di regole chiare, predefinite e trasparenti.

# Segue accordi: alcune considerazioni e attenzioni

60

Anche quando procede ad amministrare “per accil'Amministrazione ha determinati poteri, solo se ed in quanto persegue l'interesse pubblico, ad esso affidato dalla Leggeordi” ..

L' interesse pubblico nel diritto amministrativo non è mai un <a priori>, ma è sempre la «risultante» di un <procedimento> nell' ambito del quale avviene la comparazione/bilanciamento degli interessi pubblici e privati coinvolti nella decisione pubblica (SANDULLI - LEVI): negli accordi rischia di dominare l' interesse del privato.

La negoziazione è <esercizio di potere> Ne consegue la cd. “funzionalizzazione dell' azione amministrativa” e il cd. “vincolo di scopo” della stessa anche se si opera con questo strumento.

Quindi un uso “disinvolto” degli accordi potrebbe comportare rischi anche di natura penale.

Se, in effetti, si esaminano gli elemento costitutivi di determinati reati (come la corruzione o l' abuso d' ufficio) e il bene giuridico dai medesimi tutelati (inteso come il corretto funzionamento ed il prestigio della Pubblica Amministrazione, con particolare riferimento alla probità e legittimità dell' azione amministrativa), non credo si possa escludere che accordi privi di “causa” o con causa affetta da “sviamento” (nel senso sopra indicato), possano suscitare la giusta attenzione della Magistratura penale

# Segue accordi

61

**Parità di trattamento degli operatori”, mediante una previa predeterminazione delle regole**, mediante l’individuazione di opportune procedure di cd. evidenza pubblica.

In questo senso, possiamo parlare di logica sempre necessariamente **“trilaterale”** (e mai “bilaterale”) degli accordi, perché attengono ad un bene “comune” (il territorio), che riguarda tutti.

**Gli extra-oneri, tra art. 23 della Costituzione, stabilisce che “nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla Legge”.**

Gli accordi non possono essere un comodo modo o strumento per rimpinguare le casse (vuote) del Comune (TRAVI, 1994); si tratta di un *“modus operandi”* illegittimo, non etico e che – ancora una volta – rischia di sovvertire pericolosamente uno dei principi fondamentali del diritto amministrativo: il principio di legalità.

# Segue accordi

62

## Sto negoziando qualcosa che è nella mia effettiva disponibilità?

*“Deve osservarsi che il contributo – diversamente da quanto sostenuto dalla difesa della Regione – non costituisce remunerazione né dell’uso in generale di beni collettivi comunali, come il territorio e l’ambiente, né di servizi necessari per la gestione o la funzionalità dell’impianto forniti dal Comune. **Quanto all’uso del territorio e dell’ambiente, esso non può costituire una controprestazione del contributo, perché il Comune ha il potere di disporre non dei suddetti beni collettivi nel loro complesso (rispetto ai quali si configura come Ente esponenziale degli interessi pubblici ad essi afferenti), ma solo dei singoli beni che fanno parte del suo demanio o patrimonio**” (Corte Cost. 280 del 28.10.2011)*

**Il recente caso dell’ Accordi di Programma sugli «Scali Ferroviari dismessi» di Milano. (ma sono «di parte»..!)**

# Segue accordi

63

**I rischi del confronto/scontro con il privato:** c'è rischio che il Decisore venga “**catturato**” dal Regolato (URBANI) e cioè, più prosaicamente, che gli interessi dei soggetti più «forti» (in senso economico, politico, etc...)e meglio organizzati, prevalgano.

Altro rischio è quello che questo progressivo slittamento da un sistema che contempera e bilancia gli interessi ad un sistema che **massimizza l' interesse che si ritiene meritevole di prioritaria protezione nel momento attuale, sulla base di una valutazione caso per caso** (e non estesa all' intero territorio), rischia di enfatizzare e tenere solo presenti quelli che sono stati definiti **i cd. «VALORI D'USO»** del territorio a tutto discapito di quelli che rappresentano **i cd. «VALORI DI ESISTENZA»**, che rappresentano invece quei valori che dovremmo trasferire alle generazioni future.

# Gli accordi tra Amministrazioni (art. 15 e Accordo di programma: AdP)

64

La norme base: art. 15 della L. n. 241/1990.

Si applicano le norme dell' art. 11, 2°, 3° e 5° comma (se ne deduce la inammissibilità del recesso: vedi Cons. di Stato 2012).

E' un istituto di derivazione francese, già presente in Leggi di settore (es. 210/1985)

Se è un accordo tra PA, non significa che i privati non possano avere un ruolo (vedi, ad esempio, la L.R. Toscana e l' art. 40 della L.R. 20/2000 dell' Emilia)

E' uno strumento con enormi potenzialità ("buca" la pianificazione), ma con dei rischi.....: si perde una visione complessiva...

# Segue: Accordo di programma

65

Essendo un accordo, non modifica le competenze (come pare, invece, la Conferenza di servizi)

Serve per coordinare i diversi interessi pubblici e per stabilire TEMPI, MODALITA', FINANZIAMENTI

E' uno strumento duttile, che può essere utilizzato in molti settori (valorizzazione beni culturali, turismo, servizi sociali, etc...)

Viene "promosso" dall' Ente che ha la competenza primaria o prevalente

Devono partecipare tutti i soggetti che esercitano competenze, ma l'assenso può essere acquisito anche dopo o fuori dalla conferenza (sorta di contratto per "adesione")

# La conferenza di servizi

66

E' un modulo procedimentale organizzativo

Ma è anche un nuovo modo di amministrare e contemperare gli interessi!

Dal procedimento sequenziale di Sandulliana memoria ad **un esame contestuale dei vari interessi implicati nella decisione.**

Si afferma che non determina modifica nell' assetto delle competenze.

E' vero? E' difficile sostenerlo.....

Esempio di una conferenza VIA in cui si supera una supposta non conformità urbanistica rilevata dal Comune.....

**Certamente è un modulo che porta a non «massimizzare», ma a bilanciare i singoli interessi.**

# Segue conferenza

67

Riduzione dei tempi (termini perentori, incidenza anche sugli interessi «sensibili», meccanismi decisionali spinti, etc...)

Forte responsabilizzazione delle PA e dei suoi rappresentanti

Forte impulso alla telematica

La nuova disciplina dell'art. 14 prevede quattro diverse tipologie di conferenza: istruttoria; decisoria; preliminare; sulla valutazione d'impatto ambientale (VIA).

Interviene però sulla struttura «base», prevedendo due tipologie di conferenza decisoria, la

1) **CONFERENZA SEMPLIFICATA ASINCRONA**

la

2) **CONFERENZA SIMULTANEA SINCRONA**

In entrambi i casi: tempi certi!!

# La conferenza semplificata

68

Se si devono acquisire almeno due atti di assenso, pareri, nulla osta resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di servizi pubblici

**La conferenza semplificata si svolge in forma asincrona, ovvero senza riunione in un medesimo luogo e giorno dei partecipanti alla conferenza, ciascuno dei quali esprime nella propria sede i relativi atti di assenso/dissenso per quanto di sua competenza, comunicandoli telematicamente secondo le modalità previste dall'art. 47 del CAD**

Le determinazioni assunte dalle amministrazioni coinvolte devono:

- Essere congruamente motivate
- Essere formulate in termini di assenso/dissenso

Indicare, ove possibile, le modifiche necessarie ai fini dell'assenso

Le modifiche devono essere espresse in modo chiaro e analitico e specificare se discendono dalla legge o da un atto amministrativo generale o se sono state discrezionalmente apposte per la migliore tutela dell'interesse pubblico

# Segue conferenza semplificata

69

Il favor del legislatore per una manifestazione palese e motivata delle determinazioni delle amministrazioni partecipanti alle conferenze di servizi si ravvisa anche nella scelta di sanzionare i comportamenti inerti, lacunosi, interlocutori delle pp.aa, **prevedendo che una volta infruttuosamente scaduto il termine di 45 (90) giorni per l'assunzione delle determinazioni dovute, queste si considerano acquisite per silenzio assenso (art. 14-bis, c.4 l. 241/1990), ferme restando le responsabilità dell'amministrazione e dei singoli dipendenti nei suoi confronti per l'assenso reso, anche se implicito.**

L'unica eccezione esplicita è costituita dall'ipotesi in cui sia il diritto europeo a richiedere l'adozione di provvedimenti espressi (VIA, AIA, emissioni in atmosfera ecc.) e quindi non sostituibili dal meccanismo del silenzio-assenso: in tal caso la conferenza si concluderà con l'adozione di una determinazione per iscritto, in difetto della quale la stessa non si potrebbe ritenere conclusa.

# Segue conferenza semplificata

70

Scaduto il termine di 45 (o 90) giorni, l'amministrazione procedente adotta entro il termine di 5 giorni lavorativi **la determinazione motivata di conclusione del procedimento, che segna la fine della conferenza di servizi, destinata a sostituire ogni altro atto di assenso**

La determinazione produce gli effetti dell'art. 14-quater, tutte le volte che l'amministrazione procedente ha acquisito esclusivamente atti di assenso non condizionato, ovvero qualora ritenga, sentiti i privati e le altre amministrazioni interessate, che le condizioni e prescrizioni eventualmente indicate ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso possano essere accolte senza necessità di apportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza.

Invece ogniqualvolta l'amministrazione procedente assuma uno o più atti di dissenso che non ritenga superabili, l'amministrazione procedente adotta la determinazione conclusiva negativa della conferenza, rigettando così la dLa determinazione assume in questo caso valore di preavviso di rigetto ex art. 10 l. 241/1990 con tutti gli effetti che ne conseguono

# Segue conferenza SIMULTANEA - SINCRONA

71

Quando non venga fornito un assenso incondizionato o condizionato ma tale da non comportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza, nonché quando vi sia un dissenso non insuperabile (che comportano la conclusione dei lavori in conferenza e del procedimento), l'amministrazione deve procedere **alla convocazione di una conferenza simultanea/sincrona entro 10 giorni dalla scadenza del termine di 45 (o 90) giorni per l'assunzione delle determinazioni da parte delle amministrazioni partecipanti (art. 14-bis, c.6): in questo caso quindi la conferenza simultanea si configura come un'appendice dei lavori della conferenza semplificata, attivabile soltanto in caso di impossibilità a giungere alle determinazioni positive o negative richieste attraverso le forme telematiche.**

Ma la conferenza **potrà svolgersi in forma simultanea sin dall'inizio qualora la determinazione da assumere sia di particolare complessità**: tanto la particolare complessità quanto la scelta di procedere direttamente all'impiego della forma simultanea dovranno essere motivate in maniera adeguata. In questo caso la conferenza è indetta comunicando alle amministrazioni interessate l'oggetto della conferenza e il termine tassativo per le integrazioni o chiarimenti e la convocazione della riunione avverrà entro i 45 giorni successivi, come sembra più probabile, dall'indizione della conferenza stessa (art. 14-bis, c.7).

# Segue conferenza simultanea

72

La conferenza simultanea è svolta in forma sincrona e costituisce il modello di conferenza che più si avvicina al modello di conferenza decisoria inizialmente previsto dalla 241/1990 (in «presenza» diremmo oggi!)

I lavori debbono concludersi non oltre i 45 giorni decorrenti dalla data della prima riunione (art. 14-ter, c.1), salvo i casi in cui, nelle condizioni previste dall'art. 14-ter, c.7, siano coinvolte amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili (salute, ambiente, paesaggio), venendo così elevato il termine per la conclusione dei lavori a 90 giorni, fermo restando l'obbligo di rispettare il termine finale di conclusione del procedimento.

Quando alla conferenza partecipano anche amministrazioni non statali, le amministrazioni statali devono essere rappresentate da un unico soggetto, nominato dal Presidente del Consiglio (dal Prefetto per le amministrazioni statali periferiche) abilitato ad esprimere definitivamente in modo univoco e vincolante la posizione di tutte le predette amministrazioni.

# Segue conferenza simultanea

73

All'esito dell'ultima riunione, e comunque non oltre il termine finale di conclusione del procedimento, l'amministrazione procedente **adotta la determinazione motivata di conclusione della conferenza, con gli effetti di cui all'art. 14-quater, sulla base delle posizioni prevalenti espresse dai rappresentanti delle amministrazioni;** l'assenso incondizionato dell'amministrazione si considera acquisito in caso di mancata partecipazione alle riunioni del proprio rappresentante, di dissenso non motivato o riferito a questioni non oggetto della conferenza, di assenso non espresso nonostante la partecipazione alle riunioni.

Perché il dissenso possa valere ai fini dell'art. 14-quinquies il dissenso dovrà quindi:

- essere motivato, ossia non pretestuoso
- contenere una sorta di «volontà propositiva» in ordine alle modifiche da apportare
- essere manifestato all'interno della conferenza di servizi

# Segue: «posizioni prevalenti»

74

il concetto di posizioni prevalenti deve essere preferibilmente inteso in senso qualitativo e non quantitativo in modo da poter dare conto dell'effettiva rilevanza degli interessi pubblici di ciascuna amministrazione partecipante (cosa che non potrebbe accadere se si impiegasse il normale sistema di maggioranza numerica).

In caso di approvazione unanime la determinazione conclusiva della conferenza è immediatamente esecutiva. All'interno del concetto di approvazione unanime si devono far rientrare anche quei casi in cui vi siano state amministrazioni rimaste inerti o che abbiano espresso dissensi non qualificati (interlocutori).

In caso di approvazione sulla base delle posizioni prevalenti, l'efficacia della determinazione è sospesa ove siano espressi dissensi qualificati ex art. 14-quinquies fintanto che non sia attivata e poi conclusa la procedura di opposizione.

# Una sentenza recentissima...

## Cons. di Stato, sez. VI, 08 marzo 2021 n. 1947

75

«A meno di non voler svuotare di significato tale prescrizione, appare evidente che **il complesso meccanismo può incontrare un corretto modello di sincronia nella previsione di una fase preliminare, iniziale rispetto ai lavori della conferenza** (addirittura, per quanto riguarda la conferenza di servizi decisoria, già al momento della indizione e della conferenza in modalità sincrona, ma nulla toglie che la previsione possa anche solo precedere l'avvio della conferenza in modalità sincrona o simultanea), **in cui le amministrazioni e gli enti "regolarmente invitati a partecipare" si esprimano fin da subito, su sollecitazione e sotto la regia della "amministrazione precedente", in ordine al "peso ponderale"** da attribuire alla espressione valutativa sul "progetto" che verrà espressa da ciascuno degli enti presenti, atteso che, banalmente, il peso specifico del voto di una regione non può essere - in virtù della maggiore moltitudine di interessi che l'ente territoriale rappresenta - equiparato al voto espresso da un comune (e così anche tra enti locali in ragione della loro dimensione territoriale e popolazione residente). Meno ancora la equivalenza delle posizioni espresse in conferenza può considerarsi ragionevole e quindi aderente alla ratio legis sottesa alla norma qui in esame, laddove alla conferenza sia chiesto di far affluire la valutazione di un organo periferico di una amministrazione dello Stato preposta alla tutela di valori ed interessi superindividuali e "sensibili" quali il territorio ed il paesaggio (quali sono le Soprintendenze). Ciò, ovviamente, sempre che l'amministrazione in questione abbia effettivamente partecipato ai lavori della conferenza ed abbia espresso il proprio avviso nei termini previsti dalla legge.

# L' opposizione

76

Entro 10 giorni dalla comunicazione (anche telematica) della determinazione motivata di conclusione della conferenza, le amministrazioni preposte alla tutela di paesaggio, ambiente, territorio, salute, beni culturali, pubblica incolumità possono proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione della conferenza. Per le amministrazioni statali l'opposizione è proposta dal Ministero competente. Anche le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano possono proporre opposizione entro il medesimo termine a condizione che il loro rappresentante abbia espresso il rituale motivato dissenso.

E' possibile anche richiedere che gli esiti vengano **annullati in via di autotutela.**

## Art. 17-bis. (effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra le stesse e gestori di beni o servizi pubblici)

L' articolo disciplina il silenzio assenso nella formazione e nell'acquisizione di atti endoprocedimentali fra soggetti pubblici.

Comma II -quando è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di altre PA o gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi, essi si intendono acquisiti ove le PA competenti non li rendano entro 30 giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento.

Comma III - anche nei casi in cui è prevista acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di pubbliche amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico – territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini (quindi le c.d. materie sensibili) trascorsi 90 giorni dal ricevimento della richiesta, l'atto di assenso si intende acquisito.

**Si rompe un dogma: il silenzio asenso anche per materie «sensibili»!!**

# Art. 18 (acquisizione dei documenti e autocertificazione)

78

- Comma I → le PA devono adottare misure atte a garantire l'applicazione delle disposizioni in materia di autocertificazione e di presentazione di atti e documenti da parte dei privati cittadini.
- Comma II (inerente attività interna della PA) → ogni PA deve acquisire d'ufficio i documenti necessari per istruire i procedimenti di propria competenza e ciò sia quando i documenti sono in possesso della PA procedente, sia quando sono detenuti formalmente da altra amministrazione.
- Comma III → del pari sono accertati d'ufficio dal responsabile del procedimento i fatti, gli stati e le qualità che la stessa PA procedente è tenuta a certificare.
- Comma III - bis → nei procedimenti su istanza di parte, aventi ad oggetto benefici economici comunque denominati (sovvenzioni, indennità etc..) o il rilascio di autorizzazioni da parte delle PA, le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà e i documenti di cui ai commi II e III, sostituiscono ogni documentazione comprovante i requisiti oggettivi e soggetti richiesti dalla normativa di riferimento.

# Art. 19: la cd. «Liberalizzazione»: la SCIA

79

Comma I → ogni autorizzazione, permesso o nulla osta comunque denominato, il cui rilascio dipenda solo dall'accertamento dei requisiti e dei presupposti richiesti dalla Legge (attività vincolata), è sostituito da una segnalazione dell'interessato (con la sola esclusione delle materie c.d. sensibili). La segnalazione deve essere corredata da:

- dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà
  - nonché ove previsto dalla Legge, da attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, o da dichiarazioni di conformità, con i relativi elaborati tecnici.
- Ai sensi del comma 6 → ove il fatto non costituisca reato più grave, chi, nelle attestazioni e asseverazioni che corredano la SCIA, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti di cui al comma I, è punito con la reclusione da uno a tre anni.

Comma II → **Il l'attività oggetto della segnalazione di cui al comma I può essere iniziata dalla data della presentazione della segnalazione alla PA competente** anche nei casi di cui all'art. 19-bis.

# Attività di controllo *ex post* della PA sulla SCIA presentata

80

Comma III, art. 19 → se la PA competente accerta la carenza dei requisiti e dei presupposti richiesti dalla Legge (di cui al comma I), **entro 60 gg (dal ricevimento della SCIA) con provvedimento motivato può bloccare l'attività intrapresa dal privato o imporre la rimozione di eventuali effetti dannosi (30 giorni in edilizia)**

➤ In alternativa, se l'attività intrapresa può essere **conformata** alle norme vigenti, la PA con atto motivato può invitare il privato a provvedere, indicando un termine non inferiore a 30 gg, decorso inutilmente il quale l'attività si intende vietata.

Comma IV → **decorsi i 60 gg di cui al comma III ( o i 30 gg. di cui al co. 6-bis in materia di SCIA edilizia) la PA procedente può esercitare lo stesso i poteri inibitori/repressivi previsti sempre dal comma III se vi sono le condizioni di cui all'art. 21 nonies L. n. 241/90 (e cioè entro 18 mesi)**

Comma 6 - ter → la SCIA non è un provvedimento tacito che può essere direttamente impugnato e i terzi, che vi abbiano interesse, possono solo sollecitare l'attività di verifica *ex post* dell'Amministrazione e se non vi provvede, adire il GA con il rito del cd. «silenzio» .

# Art. 20: il silenzio assenso

81

Comma I → nei procedimenti avviati su istanza di parte, per il rilascio di un provvedimento amministrativo, **il silenzio equivale ad accoglimento se la PA:**

- non ha comunicato all'istante il provvedimento di diniego nei termini di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 2 L. 241/1990 oppure
- non ha indetto (entra 30 gg dalla presentazione dell'istanza) una conferenza di servizi ai sensi del capo IV.

**Comma III → se, ai sensi del comma I, si è formato silenzio assenso sulla domanda di un privato la PA competente può comunque assumere determinazioni in via di autotutela o ai sensi dell'art. 21-quinquies (revoca del provvedimento) o ai sensi dell'art. 21-nonies (annullamento d'ufficio).**

Comma IV → l'istituto del silenzio assenso non trova applicazione in tutte quelle materie c.d. sensibili indicate al presente comma (paesaggio, ambiente etc..) e ipotesi in cui la UE richiede provvedimenti espressi

- In particolare, non trova applicazione in quei casi in cui la Legge qualifica il silenzio della PA come rigetto dell'istanza (trattasi quindi di casi codificati).

Comma V-bis → **ogni controversia relativa al presente articolo è devoluta alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.**

# Capo IV bis

82

Art. 21-bis. Efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati

Art. 21-ter. Esecutorietà

Art. 21-quater. Efficacia ed esecutività del provvedimento

Art. 21-quinquies. Revoca del provvedimento

Art. 21-sexies. Recesso dai contratti

Art. 21-septies. Nullità del provvedimento

Art. 21-octies. Annullabilità del provvedimento

Art. 21-nonies. Annullamento d'ufficio

.

# Efficacia

83

Art. 21-bis. Efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati 1. Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati **acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso** effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile. Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima. Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati non avente carattere sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia. I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci.

# Esecutorietà'

84

- ▶ 1. Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica **il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato.** Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, **previa diffida**, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge.
- ▶ E' espressione della cd. «AUTOTUTELA ESECUTIVA».
- ▶ Ricordiamo l' art. 23 della Cost. ne e il principio di legalità.

# Esecutività e sospensione

85

1. I provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo.

2. L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere **sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario**, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e **può essere prorogato o differito per una sola volta**, nonché ridotto per sopravvenute esigenze. La sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'articolo 21 novies.

**La sospensione dell' efficacia è considerata una «patologia», per cui è subordinata a precise condizioni**

# La annullabilità

86

- ▶ AI SENSI DELL'ART. 21-OCTIES DELLA LEGGE 24190
- ▶ È annullabile il provvedimento amministrativo :
- ▶ adottato in violazione di legge
- ▶ o viziato da eccesso di potere
- ▶ o da incompetenza relativa

**Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato**

**(E' una previsione che si presta ad abusi...)**

# INCOMPETENZA RELATIVA

87

## INCOMPETENZA RELATIVA

- Si deve trattare di incompetenza relativa la quale può essere per grado o per materia;
- Occorre considerare viziato da

incompetenza solo il provvedimento emesso da un organo amministrativo diverso da quello che la norme pertinente al riguardo prevede viceversa sia competente ad adottarlo

- L'incompetenza assoluta è causa di nullità

Esempi: atto adottato dalla Giunta anziché dal Dirigente oppure dal Consiglio invece che dalla Giunta.

Può esserci la «gli atti viziati da incompetenza possono essere convalidati dall'autorità titolare del potere e che "alla convalida può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede amministrativa e giurisdizionale".

# VIOLAZIONE DI LEGGE

88

Principio di legalità: nozione molto ampia (ricomprende non solo la Legge in senso formale, ma anche gli atti di normazione secondaria).

No circolari (è vizio di eccesso di potere, per violazione di regole di autolimita).

E' nella forma della erronea applicazione, mancata applicazione, falsa applicazione.

Esempi: se faccio un atto totalmente privo di motivazione, violo l' art. 3 della L. n. 241/1990.

Idem se non invio la comunicazione di avvio o non faccio il preavviso di diniego.

# ECCESSO di POTERE

89

viene definito come scorrettezza in una scelta discrezionale, ovvero come sviamento del potere.

L'eccesso di potere nasce, quindi, dalla violazione non di prescrizioni puntuali, ma di regole indeterminate che si sostanziano nel principio di logicità e di congruità dell'azione amministrativa in relazione agli interessi primari da perseguire, agli interessi secondari coinvolti ed alla situazione di fatto.

## **Le figure sintomatiche:**

- La disparità di trattamento di casi identici;
- Il falso presupposto di fatto;
- L'ingiustizia grave e manifesta
- La contraddittorietà e la illogicità
- La violazione del principio di ragionevolezza e di proporzionalità
- La lesione del legittimo affidamento
- La istruttoria carente e contraddittoria
- la motivazione incongrua e contraddittoria
- etc....

# Nullità: 21 septies

90

- ▶ NULLITA' DELL'ATTO
- ▶ AI SENSI DELL'ART. 21 SEPTIES DELLA LEGGE 241/90
- ▶ E' nullo il provvedimento amministrativo che :
  - ▶ 1) manca degli elementi essenziali,
  - ▶ 2) è viziato da difetto assoluto di attribuzione,
  - ▶ 3) è stato adottato in violazione o elusione del giudicato,
  - ▶ 4) nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

# AUTOTUTELA DECISORIA

91

E' la possibilità della PA di «farsi ragione da sé»

Si distingue in autotutela esecutoria (portare ad esecuzione coattivamente ) e «decisoria» : intendendo per questa ultima quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti.

Può avere esiti confermativi: convalida, ratifica, sanatoria, conversione, etc...

o caducanti: annullamento d'ufficio, revoca

# Segue annullamento d' ufficio

92

Art. 21-nonies. (Annullamento d'ufficio)

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. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.

2. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

2-bis. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

# Segue annullamento

93

Quindi:

- 1) provvedimento illegittimo (ma non basta...);
- 2) Interesse pubblico concreto ed attuale che tenga conto degli interesse destinatari e controinteressati;
- 3) Termine ragionevole non superiore a 12 mesi;
- 4) Se c'è falsa rappresentazione o dichiarazioni false, anche oltre questo limite.

Gli esempi.

Anche, ovviamente, su silenzio assenso.

# Revoca

94

avv. federico gudrandi federico@studiogudrandi-minotti.it

## Art. 21-quinquies. Revoca del provvedimento

1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

In questo caso il provvedimento è legittimo ma cambia l'assetto degli interessi in gioco... POTREMMO DIRE CHE LA REVOCA ATIENE, DI MASSIMA, AL MERITO AMMINISTRATIVO, ALLA "OPPORTUNITA'"

Importante l' INDENNIZZO (come nel recesso dagli accordi ex art. 11....)

**Art. 21-sexies. Recesso dai contratti: Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto.**

# In sintesi:

95

La patologia ha forme più gravi (nullità) e meno gravi (annullabilità).

Per verificare se ci sono vizi, vale il principio fondamentale: «**TEMPUS REGIT ACTUM**» e cioè si deve verificare al momento dell' emanazione dell' atto («il tempo regge l' atto»).

I vizi «di merito» (convenienza, opportunità, etc...) in genere NON sono sindacabili (si rischierebbe di sostituirsi all' Amministrazione.....), salvo casi eccezionali, espressamente previsti.

La legittimità è cosa ben diversa dall' efficacia: un atto, ancorchè illegittimo è perfettamente efficace, fino a quando non viene annullato o sospeso dalla PA e dal Giudice.

In genere, gli atti amministrativi non possono essere «retroattivi», ma ci sono eccezioni-

# ACCESSO

96

Grande novità: la Casa di vetro!

Accesso = **VISIONE e ESTRAZIONE di COPIA**

per "**interessati**", tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso;

per "**controinteressati**", tutti i soggetti individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza;

**Documento amministrativo**: ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento\*, detenuti\* da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica\* della loro disciplina sostanziale

# Non solo 241 ...

97

## - ACCESSO 241

artt. 22 ss. l. 241/1990

“Ai fini del presente capo si intende: a) per "diritto di accesso", il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi”

## - ACCESSO CIVICO SEMPLICE

art. 5, comma 1, d.lgs. 33/2013

“L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione”

## - ACCESSO CIVICO GENERALIZZATO DI TIPO “FOIA”

art. 5, comma 2 d.lgs. 33/2013 (come modificato dal d.lgs. 97/2016)

“Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis”

# Le differenze

98

**legittimazione:** mentre per l'esercizio del diritto di accesso ai sensi degli artt. 22 ss. l. 241/1990 si richiede la sussistenza di un interesse concreto e attuale, per ricorrere allo strumento dell'accesso civico la legittimazione è in re ipsa

l'istanza di accesso civico non deve essere motivata

**oggetto:** l'accesso non riguarda soltanto i documenti, **ma anche le informazioni e i dati** (anche se non sono stati ancora elaborati, l'amministrazione è tenuta a elaborarli sempre che per essi sia previsto dalla legge un obbligo di pubblicazione)

# I tempi

99

Il procedimento di a.g. deve concludersi entro 30 giorni “dalla presentazione dell’istanza”, da intendersi non come data di acquisizione al protocollo ma come data in cui la pubblica amministrazione riceve la domanda.

È un termine non derogabile

Il procedimento deve concludersi con un provvedimento espresso

**Però, mentre nella 241, il decorso è silenzio rigetto, nell’ accesso civico, NO!**

*“In materia di accesso civico contrariamente a quanto previsto nella disciplina sull’accesso ai documenti, a fronte del silenzio dell’amministrazione non si realizza una fattispecie di silenzio significativo di segno negativo (silenzio rigetto); l’art. 5 del decreto trasparenza impone, infatti, l’obbligo all’amministrazione di pronunciarsi con provvedimento espresso e motivato, per cui l’eventuale “silenzio” rappresenta “mera inerzia”, una ipotesi di silenzio inadempimento che obbliga, quindi, il cittadino a rivolgersi al giudice amministrativo attivando il rito sul silenzio ex art. 117 cpa e, successivamente, in caso di diniego espresso ai dati o documenti richiesti, il rito sull’accesso ex art. 116 cpa (cfr. questa Sezione n. 5901/2017). Ciò implica che in caso di diniego espresso il provvedimento debba essere impugnato entro il termine di 30 gg” (Tar Campania, Napoli, 23 luglio 2018, n. 4913).*

# I limiti

100

In genere, l' accesso è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a:

- la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico
- la sicurezza nazionale;
- la difesa e le questioni militari;
- le relazioni internazionali;
- la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;
- la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;
- il regolare svolgimento di attività ispettive

**Il conflitto più frequente è però quello con la TUTELA della RISERVATEZZA (di persone fisiche o giuridiche)**

# Segue limiti

101

L' amministrazione in questi casi deve effettuare **un giudizio di bilanciamento caso per caso** tra l'interesse pubblico alla *disclosure* generalizzata e la tutela di altrettanto validi interessi considerati dall'ordinamento.

In particolare deve:

- indicare quale tra gli interessi viene pregiudicato
- valutare se il pregiudizio concreto prefigurato dipende direttamente dalla disclosure

Deve privilegiare la scelta che pur non oltrepassando i limiti di ciò che può essere ragionevolmente richiesto **sia la più favorevole al diritto di accesso del richiedente (principio della tutela preferenziale dell'interesse conoscitivo)**

Esempi pratici di conflitto (accesso al certificato di assistenza al parto; accesso al progetto vincitore)

# Cosa deve tutelare

102

-la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; il richiamo alla disciplina sulla protezione dei dati personali comporta che nel giudizio di bilanciamento, l'amministrazione debba tener conto dei **principi di necessità, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza**

- la libertà e la segretezza della corrispondenza;

- gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali

Altri Esempi.

# E se c'è un diniego?

103

A parte un possibile ricorso al **Difensore civico**, che si pronuncia entro 30 giorni, è possibile **ricorrere al TAR, con un rito speciale**.

Art. 116 d.lgs. 104/2010

*Contro le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi, nonché per la tutela del diritto di accesso civico connessa all'inadempimento degli obblighi di trasparenza il ricorso è proposto **entro trenta giorni** dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato.*

Il termine di 30 giorni ha natura perentoria però: non esaurisce il potere dell'amministrazione di pronunciarsi in pendenza del giudizio promosso nei confronti del proprio silenzio non esaurisce, secondo una certa tesi, il diritto dell'interessato di presentare nuova istanza di accesso per la quale è stato già pronunciato espresso diniego. Decorso i termini per impugnare il diniego potrà essere impugnato un successivo atto di diniego, il quale non abbia natura meramente confermativa del precedente

Se il richiedente si è rivolto al difensore civico, il termine di cui all'art. 116 decorre dalla data di ricevimento da parte del richiedente dell'esito della sua istanza al difensore civico.

# Segue tutela

104

Oltre al privato che nei giudizi in materia di accesso e trasparenza amministrativa, può stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore (art. 23), anche l'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente a ciò autorizzato.

Il giudice decide con sentenza in forma semplificata:

**in caso di accertata fondatezza della pretesa del privato, il giudice condanna la pa soccombente a un facere specifico cioè ordina l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione, dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità**

quando a ricorrere al giudice non è il richiedente l'accesso ma il titolare del diritto alla riservatezza che lamenta l'accesso connesso, questi sarà interessato solo a ottenere l'annullamento dell'atto che impugna

# La GIUSTIZIA e la RESPONSABILITÀ della PA

105

- ▶ I ricorsi amministrativi
- ▶ La tutela davanti al Giudice amministrativo
- ▶ Il processo amministrativo
- ▶ Le altre giurisdizioni
- ▶ La responsabilità penale
- ▶ La responsabilità amministrativo contabile
- ▶ La responsabilità civile e il risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo
- ▶ La violazione dei principi di tutela di buona fede e affidamento

# I ricorsi amministrativi

Sono rimedi giuridici non comportanti esercizio di funzioni giurisdizionali, e diretti a un'autorità amministrativa per ottenere l'annullamento del provvedimento, o in alcuni casi la sua riforma.

I Ricorsi amministrativi di tipo ordinario sono ammessi solo contro provvedimenti non ancora definitivi e i ricorsi ordinari sono:

- 1) Il ricorso in opposizione → i casi in cui può essere utilizzato questo rimedio giustiziale sono tassativamente previsti dalla Legge proprio in quanto rimedio generale.
- 2) Il ricorso gerarchico → va diretto all'organo gerarchicamente sovraordinato a quello che ha emanato l'atto impugnato, domandando un nuovo esercizio di potere amministrativo in merito ad ogni profilo dell'atto impugnato.

Il ricorso gerarchico deve essere proposto entro 30 gg. dalla notificazione, pubblicazione o piena conoscenza dell'atto da impugnare e deve essere trasmesso, entro tale termine, o all'organo cui è diretto o all'organo che in origine lo ha emanato.

Trattasi, quindi, in entrambi i casi di rimedi in cui la tutela viene offerta al richiedente in via amministrativa.

# Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

107

L'unico ricorso amministrativo di tipo straordinario è:

- Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (per Regione Sicilia è ricorso straordinario al Presidente della Regione). Trattasi di rimedio generale che presenta le seguenti caratteristiche:
  - 1) è ammesso solo contro provv. definitivi, in relazione a sole censure di legittimità, per l'annullamento dell'atto impugnato.
  - 2) l'art. 7, comma 8 c.p.a. ne ha circoscritto l'applicazione alle sole materie di competenza del giudice amministrativo (quindi anche nei casi di giurisdizione esclusiva).
  - 3) Il ricorso entro il termine di 120 gg. dalla notificazione/conoscenza del provv. deve essere notificato ad almeno uno dei controinteressati e al Ministero competente per materia oppure all'autorità che ha emanato l'atto.
  - 4) Il Ministero adito trasmette il ricorso al Consiglio di Stato il quale esprime un parere vincolante sulla base del quale il Ministro formula una proposta di decisione. Il ricorso viene poi deciso con decreto del Presidente della Repubblica.
  - 5) Il ricorso straordinario è rimedio ALTERNATIVO rispetto al ricorso al Giudice amministrativo, i due rimedi non possono essere proposti contro il medesimo atto, e la proposizione del ricorso straordinario preclude quello giurisdizionale.

# La giurisdizione del Giudice amministrativo

108

L' art. 7 c.p.a. (D.lgs.104/2010) al comma 3, articola la giurisdizione amministrativa in:

- giurisdizione di legittimità (art. 7, comma 4 c.p.a.) → di portata generale e ha ad oggetto la tutela degli interessi legittimi lesi dalla P.A. oltreché le vertenze risarcitorie per lesione dei medesimi interessi legittimi.
- Giurisdizione di merito: del tutto eccezionale;
- c.d. giurisdizione esclusiva ( art. 7, comma 5, c.p.a) → in alcune materie, il cittadino può agire davanti al Giudice amministrativo per tutelare i diritti soggettivi che egli vanta nei confronti di una P.A. La ripartizione fra giudice amministrativo e giudice ordinario, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, segue il criterio della materia per cui : le materie elencate all'art. 133 c.p.a., anche se hanno ad oggetto diritti soggettivi, sono di competenza del giudice amministrativo.

Il c.p.a. ammette il regolamento preventivo di giurisdizione → può essere proposto da una delle parti con istanza diretta alla Corte di Cassazione finché sul ricorso non sia intervenuta una decisione definitiva.

Rapporto con giurisdizione ordinaria: il giudice ordinario non può annullare un atto amministrativo illegittimo ma qualora nel corso di un giudizio riscontri l'illegittimità di un atto amministrativo è tenuto a <disapplicarlo >.

# Gli organi della giurisdizione amministrativa

109

La giurisdizione amministrativa, che si distingue dalla giurisdizione ordinaria, è esercitata:

- in primo grado dai Tribunali amministrativi regionali (TAR), i quali sono istituiti in ogni Regione e hanno sede nei rispettivi capoluoghi. In otto Regioni sono istituite anche Sezioni distaccate che hanno sede in un capoluogo di Provincia. Nella Regione Trentino - Alto Adige sono stati istituiti un TAR con sede a Trento e una sua sezione autonoma a Bolzano.
- In secondo grado dal Consiglio di Stato che si compone di n. 6 Sezioni (di cui le prime 2 svolgono funzioni consultive e le altre 4 funzioni giurisdizionali) e dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia. Le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato svolgono la funzione di giudice d'appello per le pronunce dei TAR.

# Competenza dei TAR

110

I criteri generali di riparto della competenza dei TAR sono disciplinati dall'art. 13 c.p.a.:

- In primo luogo è dato rilievo al criterio della sede dell'organo che ha emanato l'atto impugnato. Il TAR è competente per impugnare atti emessi da organi che hanno la sede nella sua circoscrizione.
- In via subordinata, vi è il criterio di efficacia dell'atto il che equivale a dire che è competente il TAR nella cui circoscrizione l'atto impugnato ha prodotto effetti diretti, anche se l'atto è stato emanato da organi dello Stato o enti pubblici che hanno la sede in altra circoscrizione.
- per i ricorsi proposti in materia di pubblico impiego dal personale in servizio è competente il TAR nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio del pubblico dipendente ( c.d. foro del pubblico impiego).

Le regole sulla competenza hanno carattere inderogabile → la violazione può essere rilevata anche d'ufficio dal TAR e può costituire motivo di appello. Quando il TAR dichiara la propria incompetenza lo fa con ordinanza in cui indica il TAR competente davanti al quale la causa deve essere tempestivamente riassunta (c.d. *traslatio iudici*).

# Ricorso davanti al Giudice amministrativo

111

Nel processo amministrativo vige il c.d. principio della domanda → il Giudice amministrativo può esercitare le sue funzioni soltanto in presenza di un ricorso di parte.

In capo a chi vuole promuovere un ricorso al TAR devono sussistere due condizioni :

- legittimazione a ricorrere, intesa come titolarità di un interesse qualificato che può essere un interesse legittimo o di un diritto soggettivo;
- Interesse a ricorrere, inteso quale interesse proprio del ricorrente al conseguimento di un vantaggio personale, attuale e concreto.

Il giudizio è introdotto con la notifica del ricorso alla P.A. che ha emanato il provvedimento e ad almeno uno dei controinteressati, entro 60 giorni dalla notifica, pubblicazione o piena conoscenza del provvedimento (artt. 29 e 41 c.p.a).

L'originale del ricorso entro 30 gg. dal compimento dell'ultima notifica, deve essere depositato presso la segreteria del TAR adito. Con il deposito del ricorso, il ricorrente si costituisce in giudizio.

# Le azioni esperibili dal privato contro la P.A.

112

- Azione di annullamento (art. 29 c.p.a) → trattasi di azione avente carattere generale, sempre ammessa ogni volta in cui venga in rilievo un provvedimento della P.A. che il privato pensi essere lesivo di un proprio interesse legittimo ed è volta ad ottenere tipicamente l'annullamento del provvedimento impugnato.
- Azione di mero accertamento → il Codice non prevede espressamente un'azione generale di accertamento ma l'ammissibilità di tale azione, con riferimento ai diritti soggettivi (nella materie di giurisdizione esclusiva) si ricava dai principi generali.
- Azione di condanna (art. 30 c.p.a) → consente al Giudice amministrativo di pronunciare sentenze di condanna al risarcimento del danno per equivalente economico, oltreché di condanna al risarcimento in forma specifica. La domanda risarcitoria, ad oggi, è autonoma rispetto all'azione di annullamento. Cioè, può essere proposta per il risarcimento di un interesse legittimo anche se non è stato chiesto al contempo l'annullamento del provv. lesivo.

- Azione per la declaratoria della nullità (art. 31, comma 4) → il Codice prevede una specifica azione per l'accertamento della nullità di un provv. o di un atto amministrativo in tutti i casi in cui la competenza sia del Giudice amministrativo. Il relativo ricorso deve essere proposto entro il termine di decadenza di 180 gg dalla notifica/pubblicazione o conoscenza del provvedimento.
- Azione avverso il silenzio della P.A. ( art. 31, comma 2) → non prevede l'impugnazione di un provv. (non essendo ancora intervenuto) ma presuppone comunque la lesione di un interesse legittimo del privato dato dal fatto che la P.A. avrebbe dovuto provvedere. Tale azione può essere proposta finché la P.A. resta inadempiente – purché entro 1 anno dalla scadenza del termine per ultimare il procedimento. Il giudizio verte in primis sul dovere della P.A. di provvedere e sul suo inadempimento ma il Giudice può anche pronunciarsi sul merito della pretesa.
- Azione a tutela del diritto di accesso (art. 116 c.p.a.) → se la P.A. nega l'accesso a un documento al cittadino o non risponde, questi può fare ricorso al TAR entro il breve termine di 30 gg a pena di decadenza. Le controversie in tema di accesso sono devolute dal Codice alla giurisdizione esclusiva, hanno quindi ad oggetto un diritto.

# Impugnazioni in generale

114

Nei confronti delle sentenze del Giudice amministrativo sono previsti vari mezzi di impugnazione.

- nei confronti delle sentenze dei TAR è ammesso appello al Consiglio di Stato (o al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia).
- nei confronti delle sentenze del C.d.S. è ammesso il ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione.
- nei confronti delle sentenze dei TAR e del C.d.S. sono ammessi poi la revocazione e l'opposizione di terzo.

Il termine per proporre le impugnazioni può essere pari a 60 gg. dalla notifica della sentenza (breve) oppure di 6 mesi dalla pubblicazione della sentenza se non è stata notificata (termine lungo).

L'impugnazione si propone con un ricorso che deve essere notificato a controparte nei termini perentori su indicati. Il deposito del ricorso deve poi essere effettuato, presso la cancelleria del giudice adito, entro 30 gg. dall'ultima notifica.

# Appello avanti il Consiglio di Stato

115

Nei confronti delle sentenze dei TAR (parziali o definitive) la parte soccombente in primo grado può proporre appello al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (art. 100 c.p.a.).

L'appello nel processo amministrativo si presenta come rimedio a critica libera concesso per far valere anche la semplice ingiustizia della sentenza di primo grado oltre agli errori e ai vizi.

- la sentenza di appello ha carattere sostitutivo → di regola la decisione del C.d.S. che accolga l'appello si sostituisce a quella del TAR pronunciando direttamente sul ricorso.
- legittimate a proporre appello sono le parti necessarie del giudizio di primo grado sul presupposto che, oltre ad essere legittimate, queste abbiano interesse ad impugnare vale a dire che siano risultate soccombenti (in tutto o in parte) nel primo grado di giudizio.
- l'appello non comporta la sospensione dell'esecutività della sentenza che può essere disposta in seguito ad istanza dell'appellante.
- l'appello nel processo amministrativo ha carattere "rinnovatorio" il che comporta che il C.d.S. se accoglie l'appello decide anche sulla controversia.

# La tutela cautelare

116

Nel processo amministrativo la tutela cautelare ha sempre carattere di strumentalità → realizza l'esigenza di evitare che la durata del giudizio renda inutile per il ricorrente la decisione finale del ricorso.

Spetta alla parte interessata (ricorrente) chiedere al Giudice la concessione di una misura cautelare, in quanto la presentazione del ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento impugnato.

La concessione della misura cautelare presuppone l'accertamento della sussistenza di due requisiti:

- Il *fumus bonis iuris* che impone al Giudice di operare una ragionevole previsione sull'esito del ricorso, valutando quindi sommariamente il merito della pretesa fatta valere;
- Il *periculum in mora* che va identificato nella possibilità per il ricorrente di subire un pregiudizio grave e irreparabile dal provv. Impugnato durante il tempo necessario a decidere il ricorso.

La tutela cautelare, non si risolve più solo nella tipica figura della sospensione del provv. ma si attua anche con altre misure di contenuto atipico modellate sul caso concreto (art. 55, comma 1, c.p.a).

# Il giudizio di ottemperanza

117

Rispetto alle pronunce del Giudice amministrativo spesso l'esecuzione della sentenza richiede l'adozione di provv. amministrativi da parte delle Amministrazioni coinvolte. Perciò, se la P.A. non adempie al dovere di eseguire la sentenza è esperibile il ricorso per l'ottemperanza al Giudice amministrativo.

- Il ricorso per l'ottemperanza delle sentenze è esperibile indipendentemente dal fatto che esse siano passate in giudicato o solo esecutive e non rileva se inadempiente è una P.A. o una parte privata;
- È esperibile anche per l'esecuzione delle sentenze passate in giudicato del Giudice ordinario e dei giudici speciali avanti ai quali non sia previsto un giudizio di ottemperanza.
- L'art. 134, comma 1, lett. a ) c.p.a conferma che il Giudice amministrativo nel giudizio di ottemperanza esercita una giurisdizione estesa anche al merito. Ciò comporta che il giudice amministrativo può sostituirsi, direttamente o attraverso un commissario ad acta, all'amministrazione inadempiente.

# I riti speciali

118

Il giudizio in materia di accesso (art. 116, c.p.a.) → il ricorso al TAR deve essere proposto entro 30 gg. dalla comunicazione del rifiuto all'accesso o dalla formazione del silenzio della P.A.

Il TAR decide in camera di consiglio con sentenza in forma semplificata e se accoglie il ricorso ordina alla P.A. di esibire i documenti richiesti, pronunciandosi quindi sulla fondatezza della pretesa del ricorrente. L'appello contro una sentenza in materia di accesso del TAR è soggetto al termine di soli 30 gg. dalla notifica della sentenza.

Il giudizio nei confronti del silenzio della P.A. (art. 117, c.p.a.) → il ricorso nei confronti del silenzio deve essere notificato entro il termine annuale di decadenza. Si svolge anche questo giudizio in forma camerale con sentenza in forma semplificata.

Se accoglie il ricorso il giudice ordina all'Amministrazione di provvedere entro un termine congruo (di regola non superiore a 30 gg.), anche nominando eventualmente un commissario.

Rito abbreviato (art. 119) → vi sono una serie di ricorsi, che investono atti di particolare importanza amministrativa/ economica per i quali è prevista una riduzione a metà di tutti i termini processuali (ad eccezione di quelli stabiliti per la notifica del ricorso principale). Ad es. il rito abbreviato si applica alle procedure contrattuali.

# Giurisdizioni speciali

119

Le disposizioni sul processo davanti alla Corte dei Conti sono contenute nel Codice della giustizia contabile (approvato con D.lgs. n. 174/2016).

➤ La giurisdizione della Corte dei Conti riguarda:

1) la responsabilità amministrativa e contabile dei pubblici funzionari. Il giudizio in questo caso è promosso dalla Procura regionale nel termine di 5 anni. La fase dibattimentale avviene avanti alla sezione regionale della Corte dei Conti e avverso la decisione delle sezioni regionali è ammesso appello alle sezioni giurisdizionali centrali;

2) Il contenzioso in materia pensionistica;

3) I giudizi di ricorsi proposti da esattori, tesorieri e agenti contabili.

➤ Giudice amministrativo speciale ancora è il Tribunale superiore delle acque pubbliche, il quale è titolare di una competenza generale sui ricorsi giurisdizionali contro i provvedimenti amministrativi in materia di acque pubbliche e polizia demaniale.

# La responsabilità della PA

120

All' inizio il principio: *The King Can Do No Wrong*.

La responsabilità della PA è il segnale emblematico della civiltà di un ordinamento giuridico.

Il quadro sta cambiando:

- cambia ruolo Pa e dei privati;
- emerge l' elemento «tempo»;
- - personificazione responsabilità (responsabile del procedimento/ dirigenti)
- nuovi diritti del cittadino (class action)
- Nuove fattispecie di danno: danno da ritardo, danno di immagine, diritto alla risposta

# 3 tipi di RESPONSABILITÀ':

121

- PENALE
- AMMINISTRATIVO CONTABILE
- CIVILE

**ART. 28 della COSTITUZIONE: *I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tal caso la responsabilita' civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.***

# RESP. PENALE

122

avv. federico gualandi federico@studiogalandi-minotti.it

**La RESPONSABILITÀ è SEMPRE PERSONALE**

(Societas delinquere non potest è un brocardo latino, che può essere tradotto come "una società non può delinquere").

**Lo scopo delle norme: tutelare il regolare funzionamento ed il prestigio della PA**

**Varie figure:**

- 1) **PUBBLICO UFFICIALE (rettore, Sindaco, etc...)**
- 2) **INCARICATO DI PUBBLICA SERVIZIO (es. concessionario di Servizio pubblico)**
- 3) **ESERCENTE UN SERVIZIO DI PUBBLICA NECESSITA (architetto, geometra, etc..)**

**Forte attenzione all' elemento «soggettivo» e cioè allo stato psicologico**

**Il dolo e la colpa: dolo è volontà dell' evento e cioè il dolo presuppone la precisa intenzione di commettere un reato; la colpa, al contrario, è lo stato psicologico di colui che non vuole compiere un reato ma, per uno sbaglio dovuto a negligenza o a imprudenza, lo realizza comunque.**

segue

123

## ART. 323 codice penale ABUSO D'UFFICIO

VIOLAZIONE DI LEGGE E INGIUSTO VANTAGGIO O SVANTAGGIO; VIOLAZIONE OBBLIGO DI ASTENSIONE (art. 6 bis della 241/1990)

(es. rilascio di un permesso di costruire che non dovrebbe essere lasciato, ma che si rilascia per favorire un proprio parente ): decidere «in re propria».

Altri esempi: mancato rispetto liste collocamento; Primario che esclude dalla sala operatoria un medico con cui ha litigato; affidamento di lavori senza gara; vigile che costringe un automobilista a seguirlo in ufficio senza che ce ne sia necessità, etc....

# Le modifiche del 120/2020

124

- ▶ Art. 323 CODICE PENALE (così modificato)
- ▶ «Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, *(in violazione di norme di legge o di regolamento)* **di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità**, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni

# Contro la cd. «burocrazia difensiva».....

125

l'art. 23 del d.l., ha modificato in via generale l'art. 323 del cod. pen. prevedendo che il reato sia configurabile soltanto ove vi sia violazione di "specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità".

Si tratta di una modifica generale e non sottoposta a limitazioni temporali.

É evidente l'intendimento di ridurre la portata applicativa di una previsione penale che era certamente suscettibile di indurre "prudenza" nella condotta dei pubblici funzionari. Rimane il dubbio maggiore: esistono norme per le quali non residuino margini di discrezionalità?

- ▶ ART. 328 codice penale RIFIUTO o OMISSIONE D'ATTI D'UFFICIO.
- ▶ Nel rifiuto ci vuole una manifestazione di volontà; nell' omissione evidentemente no.
- ▶ Il rifiuto deve essere indebito e cioè senza motivo. Riguarda atti che il soggetto deve compiere e non atti discrezionali.
- ▶ (es. un impiegato si rifiuta di prendere una pratica che gli presento perché dice che non è corretta)
- ▶ Per l' omissione serve una DIFFIDA in cui si dice che se non si agisce entro 30 giorni si risponde per OMISSIONE d'ATTI d'UFFICIO (efficace!)
- ▶ Esempio: mancata rimozione rifiuti o demolizione immobili abusivi

# segue

127

**CONCUSSIONE**: impedire la strumentalizzazione del proprio ufficio per coartare la libertà del privato. Si parla di «*metus publicae potestatis*». Qui il privato è vittima. Il soggetto, abusando delle qualità e dei poteri, costringe o induce il privato a una dazione o ad una promessa di dazione di denaro o altre utilità.

**CORRUZIONE**: *pactum sceleris*; corrotto e corruttore sono in grado di parità (entrambi puniti). Il corrotto accetta un compenso non dovuto per l'esercizio delle proprie funzioni. La corr. È «propria» se l'atto è contrario ai propri doveri; «impropria» se l'atto è conforme.

Più grave la corruzione in atti giudiziari.

segue

128

avv. federico gualandi federico@studiogalandi-minotti.it

## ART. 314 codice penale PECULATO

Utilizzo improprio (appropriazione indebita) di un bene pubblico di cui si ha la disponibilità per fini privati (esempio: uso dell' auto blu per fini personali)

Uso delle attrezzature di cui si ha la disponibilità per fini personali (telefono, computer, etc...)

- **RIVELAZIONE DEL SEGRETO D'UFFICIO**
- **TURBATA LIBERTA' DEGLI INCANTI**

(viene turbata una gara d'appalto)

# Segue: falsi 479 e ss.

129

avv. federico gualandi federico@studiogalandi-minotti.it

- **FALSO MATERIALE**

Falsificare materialmente un documento (es. cambiare la data o cambiare un voto sul libretto)

- **FALSO IDEOLOGICO:** Il falso ideologico è un comportamento consistente nell'attestare, in un documento che non sia stato materialmente falsificato, un contenuto non corrispondente alla realtà.

(es. il prof. dice di aver fatto lezione fino alle 15.00 in realtà non è vero; si attesta di essere in servizio, ma non è vero... )

**L'ART. 76 del D.P.R. n. 445/2000 dice che si risponde penalmente e decade il «vantaggio» acquisito**

# Responsabilità amministrativo – contabile.

130

LA CORTE DEI CONTI valuta la RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO CONTABILE

- RAPPORTO DI SERVIZIO (ma vedi progettista di opera pubblica)
- DOLO O COLPA GRAVE (per la Corte Cost. è corretto alzare la soglia, per evitare che il timore di agire «paralizzzi» la PA)
- DANNO ALL'AMMINISTRAZIONE (spendita di denaro o mancata entrata)
- Nuove ipotesi di danno: **danno all' immagine** (furbetti del cartellino, prof. corrotto, etc...); **danno da disservizio**.

Esempio: il dipendente a tempo pieno che ha un secondo lavoro; il funzionario che fa prescrivere le annualità di un tributo.

Azione da parte della Procura della Corte dei Conti che può anche ridurre equitativamente il danno....

La RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO CONTABILE che causa danno erariale è molto tenuto dai pubblici dipendenti perché la CORTE dei CONTI agisce direttamente nei confronti del singolo soggetto fisico.

# RESPONSABILITÀ ERARIALE (ART. 21 DECRETO SEMPLIFICAZIONE)

131

La prova del **dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso**

(periodo aggiunto all'art. 1, comma 1, legge n. 20/1994).

Limitatamente ai fatti commessi fino al 31/07/2021 la responsabilità erariale è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente **è da lui dolosamente voluta. Tale limitazione di responsabilità non si applica per danni cagionati da omissione o inerzia.**

**Si vuole quindi attenuare la responsabilità «commissiva» (per fatti commessi) e mantenere inalterata quella «omissiva»**

# La responsabilità civile

132

## La **RESPONSABILITÀ CIVILE**

**Per tanti anni, la lesione dell' interesse legittimo non era considerata risarcibile (problemi con l' UE...)**

L' orientamento è cambiato con la importante sentenza n. 500/1999 della Cassazione: il caso concreto: lottizzazione non consentita a Fiesole (Firenze) con atti che il GA poi ritiene illegittimi, ma nel frattempo gli strumenti urbanistici sono cambiati e non si può più costruire. Il privato perciò agisce per ottenere il risarcimento del danno.

La Cassazione dice che intende superare una giurisprudenza «monolitica e pietrificata» ed eliminare quell' isola di «immunità e privilegio» in cui è vissuta la PA italiana.

# Cosa succede?

133

- ▶ Per la Cass. però il risarcimento non scatta sempre, ma solo se – sulla base di un giudizio prognostico («più probabile che non») il cittadino avrebbe potuto ottenere il «BENE della VITA» a cui aspirava-
- ▶ Esempi (annullamento per difetto di motivazione: NO; demolizione illegittima si).
- ▶ I successivi sviluppi: il GO è severo (vedi Trib. Crema e Ragusa che per lievi ritardi condannano a vari milioni di Lire).
- ▶ Con la Legge 205/2000 su parere del CdS il risarcimento del danno conseguente a atto amministrativo illegittimo passa al GIUDICE AMMINISTRATIVO,
- ▶ Scelta confermata anche dal D. Lgs. 104/2010 (Codice del processo amministrativo): c'è una forte battuta di arresto dei risarcimenti.....

- ▶ Quale danno? Danno emergente e lucro cessante
- ▶ Ci vuole il previo annullamento dell' atto? (cd. pregiudizialità amministrativa?): No, si può agire anche solo per il risarcimento del danno.
- ▶ Spesso il giudice amministrativo ritiene (in casi controversi) che la PA non sia in colpa perché ad esempio la giurisprudenza era altalenante, etc...
- ▶ Un tema molto importante è la natura di questa responsabilità: contrattuale o extracontrattuale? Varie conseguenze a seconda se si sceglie una impostazione o l' altra, in tema di prescrizione (decennale o quinquennale) e in tema di «onere della prova» (nella extra spetta al danneggiato; nella resp. Contrattuale è il debitore che deve provare che l'inadempimento non è a lui imputabile)

# Una sentenza importantissima: Cass. Sez. Unite 8236 del 28.04.2020

135

- ▶ Nel giugno 2012 una società presenta un progetto di massima per la realizzazione di un grande complesso alberghiero. Sorge una intensa interlocuzione col comune di Lignano Sabbiadoro che si conclude in niente. La società cita il comune dinanzi al giudice ordinario, lamentando che il comportamento ondivago dell'amministrazione gli ha arrecato danni.
- ▶ Per la Cass vi è responsabilità anche in caso di assenza di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato (poi annullato in sede di autotutela o in sede giurisdizionale) e la qualificazione di tale responsabilità **come contrattuale (da contatto sociale qualificato)**.



# segue

136

avv. federico gualandi federico@studiogalandi-minotti.it

Per la Cass. la lesione deriva da un comportamento che viola le regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione. Si tratta di una situazione autonoma, tutelata in sé, non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica: un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede.

Si parla di «contatto sociale qualificato» perché la relazione instauratasi nel procedimento determina la qualificazione della responsabilità in termini contrattuali.

Questa sentenza ha portato il Legislatore a introdurre l' art 1, comma 2-bis della L. n. 241/1990: I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.(comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera a), legge n. 120 del 2020)

# I contratti pubblici

137

- ▶ La contrattazione pubblica è contrassegnata dai seguenti elementi:
  - a) La Pubblica Amministrazione è parte del rapporto contrattuale;
  - b) Applicazione del diritto privato attenuata dal diritto pubblico e dallo statuto legale dell'Amministrazione;
  - c) Esigenze di contabilità pubblica;
  - d) Esigenze di imparzialità;
  - e) Rispetto dei principi e della normativa europea.

# Fonti normative della contrattazione pubblica

138

- ▶ CONTRATTI ATTIVI (non determinano una spesa da parte della Pubblica Amministrazione, bensì un'entrata)
  - R.D. n. 2440/1923
  - R.D. n. 827/1924
- ▶ CONTRATTI PASSIVI (determinano una spesa da parte della Pubblica Amministrazione)
  - Principi dell'ordinamento europeo (TUE e TFUE)
  - D.Lgs. N. 50/2016 (attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, nonché riordino della disciplina in materia di contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture).

# Fase ad evidenza pubblica

139

La soluzione italiana (fortemente influenzata dal modello tedesco), è basata su un contratto di diritto privato, con forti limitazioni «esterne» di diritto pubblico collegate alle esigenze funzionali legate all'interesse pubblico, che si concretizzano:

- a) Nella fase di scelta del contraente attraverso modalità prevalentemente concorsuali;
- b) Nella redazione dei capitolati generali di appalto
- c) Nel forte potere di vigilanza della P.A. sull'esecuzione del contratto (soprattutto relativamente alla realizzazione di opere pubbliche), che si sostanzia spesso in «privilegi» normativi:
  - Possibilità di recesso unilaterale da parte della P.A.
  - Sospensione dei lavori o *jus variandi* per sopraggiunti interessi
  - Verifica finale (in caso di opere pubbliche devoluta al collaudo in cui si verifica la correttezza tecnico-amministrativa dell'opera)

# Fasi del procedimento

140

- ▶ Programmazione
- ▶ Determinazione a contrarre (vengono stabiliti gli elementi essenziali del contratto e criteri di selezione dei contraenti e di valutazione delle offerte)
- ▶ Procedura di gara
- ▶ Verifica dei requisiti di partecipazione
- ▶ Aggiudicazione ex art. 33, co. 1 (non equivalente ad accettazione dell'offerta)
- ▶ Stipula del contratto (entro un certo termine dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione ai partecipanti: cd stand still )
- ▶ Approvazione del contratto

# Requisiti di partecipazione

141

## ▶ Soggettivi:

Imprenditori, Consorzi tra società cooperative e consorzi tra imprese artigiane; Consorzi stabili (solo per i lavori pubblici), Raggruppamenti temporanei di imprese (RTI verticali e orizzontali per lavori forniture e servizi), Consorzi ex art. 1602 c.c., GEIE;

## ▶ Di ordine generale:

Cause di esclusione ex art. 80, co. 1 Codice Appalti (no condanne, no fallimento), iscrizione ad albi di fornitori o prestatori di servizio ;

## ▶ Requisito speciale ex art. 83, capacità economica finanziaria:

Dichiarazioni bancarie, bilanci o estratti dei bilanci, fatturato globale e specifico;

## ▶ Requisito speciale ex art. 83, capacità tecnica e professionale:

Esperienza, organico, attrezzature, campionature, certificazione di sistema di qualità, certificazione ambientale.

# Avvalimento (art. 89 Codice Appalti)

142

Istituto di derivazione comunitaria, che trova il suo ambito di applicazione nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con il quale si consente a un'impresa di concorrere a una gara, pur essendo priva dei requisiti di ordine economico-finanziario e/o tecnico-organizzativo richiesti per la partecipazione, avvalendosi dei requisiti di altri soggetti. Con l'avvalimento, un'impresa che non partecipa alla gara (impresa ausiliaria) mette a disposizione di altra impresa (impresa avvalente) i mezzi necessari all'esecuzione del contratto dei quali la seconda è sprovvista. La finalità dell'istituto è quella di consentire la massima partecipazione alle gare pubbliche indette per l'affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture attraverso l'utilizzo dei requisiti di capacità dei soggetti terzi disposti a prestarli da parte di soggetti che ne sono sforniti.

## ► Ambito di applicazione:

- avvalimento escluso per i requisiti generali dell'art. 80, per la qualificazione necessaria per le opere superspecialistiche e per il requisito dell'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali;
- vietato per la qualificazione richiesta per gli appalti relativi a beni culturali;
- per titoli di studio e professionali dell'imprenditore o dei dirigenti dell'impresa e per le esperienze professionali pregresse: avvalimento solo se l'ausiliaria esegue direttamente i lavori o i servizi per cui le capacità sono richieste;
- possibile avvalimento plurimo e frazionato, possibile avvalimento infra-RTI, a prescindere dai legami societari esistenti tra le imprese, vietato avvalimento cd. «a cascata»

# II RUP

143

Per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione le stazioni appaltanti individuano nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione un responsabile unico del procedimento per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione. (art. 31). In particolare, il RUP:

- a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali;
- b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;
- c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;
- d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;
- e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;
- f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia la efficiente gestione economica dell'intervento;
- g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;
- h) propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati;

# Il collaudo

144

Nel vigente Codice degli appalti la norma che disciplina il collaudo delle opere pubbliche è l'art. 102 .

- Per l'effettuazione dell'attività di collaudo di opere pubbliche, le stazioni appaltanti possano nominare da uno a tre dipendenti, anche appartenenti ad altre amministrazioni pubbliche, che siano in possesso di adeguati titoli ed iscritti all'albo dei collaudatori secondo modalità da contenersi in un decreto del Ministro delle infrastrutture.
- Il collaudo delle opere pubbliche deve concludersi in 6 mesi dall'ultimazione dei lavori salvo i casi di particolare complessità, da definirsi con decreto del Ministro delle infrastrutture, per i quali il termine viene elevato ad un anno
- Il certificato di collaudo, emesso in esito alle operazioni di collaudo, ha carattere provvisorio ed assume carattere definitivo quando sono decorsi due anni dalla sua emissione.
- Dopo che il collaudo è diventato definitivo, è esperibile da parte della stazione appaltante l'azione di cui all'art. 1669 del c.c. la quale stabilisce una responsabilità a carico dell'appaltatore, qualora nel corso di dieci anni dal compimento dell'opera, dovessero verificarsi gravi danni e/o difetti. L'azione è esperibile a condizione che la stazione appaltante denunci i gravi vizi entro un anno dalla loro scoperta.
- Accanto alla responsabilità dell'appaltatore in tema di azione ex art. 1669 c.c. ma lo stesso discorso vale anche in riferimento alla responsabilità per vizi riscontrabili prima del collaudo definitivo, può configurarsi responsabilità del progettista dei lavori.

# Affidamento in house

145

- Un'amministrazione costituisce una società sottoposta al suo controllo e le affida, senza l'espletamento di una gara, lavori, forniture e servizi.
- Per poter effettuare tale modalità di affidamento le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori devono iscriversi in un apposito elenco istituito presso l'ANAC, iscrizione che avviene su domanda delle amministrazioni stesse.

Requisito necessario → l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore devono esercitare sulla persona giuridica (costituita) un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

- a) Per controllo analogo si intende l'esercizio di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni dell'affidatario in house.
- b) Oltre l'80% delle attività della società controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalla controllante.
- c) Nella società controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati.

# Partenariato pubblico-privato

146

avv. federico.guandalani@studioguandalani-minotti.it

Figura non riconducibile all'appalto, che si sostanzia in un contratto a titolo oneroso *«stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore»*. (art 3, comma 1, lett. eee).

- La scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo.
- Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocatione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico.
- La scelta è preceduta da adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato
- L'amministrazione aggiudicatrice esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio, secondo modalità definite da linee guida adottate dall'ANAC.

# Concessione di costruzione e gestione

147

E' uno strumento alternativo al contratto di appalto avente la finalità di consentire l'apporto di capitale privato per la realizzazione di opere pubbliche

Il soggetto pubblico (concedente), interessato alla realizzazione di una infrastruttura, rilascia ad una società privata (concessionaria) una concessione che prevede:

- a) l'obbligo, per il concessionario, di costruire l'opera attraverso risorse proprie (capitale di rischio e capitale di debito);
- b) il diritto di gestirla economicamente durante la durata della concessione, ai fini della remunerazione dell'investimento iniziale;
- c) il conseguente trasferimento dell'impianto all'ente pubblico titolare del servizio, al termine della concessione.

Non solo nella fase di costruzione, ma soprattutto nell'ideazione, progettazione e gestione dell'opera, in una prospettiva di ripartizione dei rischi tra i diversi attori in gioco: al concessionario si richiede di provvedere al finanziamento dell'infrastruttura e di assumersi la responsabilità gestionale della stessa.

# Project financing

148

- ▶ Art. 183 Codice Appalti → per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione, affidare una concessione ponendo a base di gara il progetto di fattibilità. Ciò avviene mediante la pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti.
- ▶ Il bando di gara è pubblicato ponendo a base di gara il progetto di fattibilità predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice.
- ▶ Il bando specifica, inoltre: a) che l'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto, di apportare al progetto definitivo, da questi presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto, anche al fine del rilascio delle concessioni demaniali marittime, ove necessarie, e che, in tal caso, la concessione è aggiudicata al promotore solo successivamente all'accettazione, da parte di quest'ultimo, delle modifiche progettuali nonché del conseguente eventuale adeguamento del piano economico-finanziario; b) che, in caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto definitivo, l'amministrazione ha facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto definitivo presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.
- ▶ Le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

# Contratto di disponibilità

149

- ▶ L'affidatario del contratto di disponibilità è retribuito con i seguenti corrispettivi, soggetti ad adeguamento monetario secondo le previsioni del contratto:
  - a) un canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera; il canone è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice;
  - b) l'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera, comunque non superiore al 50% del costo di costruzione dell'opera, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice;
  - c) un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato, in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo incorso d'opera.
- ▶ L'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice. Il contratto determina le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità. Salvo diversa determinazione contrattuale, i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatore.

# La Costituzione

150

- ▶ La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.
- ▶ La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.
- ▶ **La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale.**
- ▶ La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.

# Fasi della procedura di espropriazione

151

- ▶ Ai sensi del D.P.R. n. 327 del 2001 (Testo Unico sugli espropri) il decreto di esproprio può essere emanata quando:
  - a) l'opera da realizzare sia prevista nello strumento urbanistico generale, o in un atto di natura ed efficacia equivalente, e sul bene da espropriare sia stato apposto il vincolo preordinato all'esproprio;
  - b) vi sia stata la dichiarazione di pubblica utilità;
  - c) sia stata determinata, anche se in via provvisoria, l'indennità di esproprio.

# Apposizione dei vincoli espropriativi

152

- Vincoli espropriativi derivanti da Piani Urbanistici (art. 9):
  - I. un bene è sottoposto a vincolo preordinato all'esproprio quando diventa efficace l'atto di approvazione del piano urbanistico generale, ovvero una sua variante, che prevede la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità
  - II. L'apposizione di tale vincolo è valida per cinque anni trascorsi i quali può essere emanato il provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera. Se non è tempestivamente dichiarata la pubblica utilità dell'opera, il vincolo preordinato all'esproprio decade. Il vincolo preordinato all'esproprio, dopo la sua decadenza, può essere motivatamente reiterato.
- Vincoli derivanti da atti diversi dai Piani urbanistici generali (art. 10):
  - I. Se la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità non è prevista dal piano urbanistico generale, il vincolo preordinato all'esproprio può essere disposto, ove espressamente se ne dia atto, su richiesta dell'interessato ai sensi dell'art. 14, comma 4, della legge n. 241 del 1990, ovvero su iniziativa dell'amministrazione competente all'approvazione del progetto.

In ogni caso al proprietario del bene sul quale si intende apporre un vincolo preordinato all'esproprio deve essere data comunicazione dell'avvio del procedimento. Se i proprietari sono più di 50 deve esserne data comunicazione mediante avviso pubblico.

# Atti che comportano la dichiarazione di pubblica utilità

153

La dichiarazione di pubblica utilità si intende disposta quando:

- l'autorità espropriante approva il progetto definitivo dell'opera pubblica o di pubblica utilità, ovvero quando è approvato il relativo piano attuativo;
- in ogni caso, qualora in base alla normativa vigente equivalga a dichiarazione di pubblica utilità l'approvazione di uno strumento urbanistico, anche di settore o attuativo, la definizione di una conferenza di servizi o il perfezionamento di un accordo di programma, ovvero il rilascio di una concessione, di una autorizzazione o di un atto avente effetti equivalenti.

La pubblica utilità può essere dichiarata fino a quando non decada il vincolo preordinato all'esproprio.

Nel provv. che dichiara la pubblica utilità dell'opera può essere stabilito il termine entro il quale decreto di esproprio deve essere emanato, se non è indicato alcun termine il decreto può essere emanato entro il termine di 5 anni – decorrenti dalla data in cui diviene efficace la dichiarazione di pubblica utilità.

Il soggetto, anche privato, diverso da quello titolare del potere di approvazione del progetto di un'opera pubblica o di pubblica utilità, può promuovere l'adozione dell'atto che dichiara la pubblica utilità dell'opera.

# Decreto di esproprio

154

Ai sensi dell'art. 23 il decreto di esproprio deve:

- Essere emanato entro il termine di scadenza dell'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, indicando l'atto da cui è sorto il vincolo preordinato all'esproprio e gli estremi del progetto.
- Dispone il passaggio del diritto di proprietà o del diritto oggetto dell'espropriazione sotto la condizione che il medesimo decreto sia successivamente notificato ed eseguito.
- È notificato al proprietario nelle forme degli atti processuali civili contenente l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora in cui è prevista l'esecuzione del decreto di espropriazione, almeno sette giorni prima di essa;
- È eseguito mediante l'immissione in possesso del beneficiario dell'esproprio, con la redazione di apposito verbale e il decreto di esproprio è trascritto senza indugio presso l'ufficio dei registri immobiliari.
- L'esecuzione del decreto di esproprio ha luogo per iniziativa dell'autorità espropriante o del suo beneficiario, con il verbale di immissione in possesso, entro il termine perentorio di due anni.
- L'espropriazione del diritto di proprietà comporta l'estinzione automatica di tutti gli altri diritti, reali o personali, gravanti sul bene espropriato, salvo quelli compatibili con i fini cui l'espropriazione è preordinata.

# Pagamento dell'indennità di esproprio:

155

L'indennità di esproprio spetta al proprietario del bene da espropriare ovvero all'enfiteuta, se ne sia anche possessore.

Dopo la trascrizione del decreto di esproprio o dell'atto di cessione, tutti i diritti relativi al bene espropriato possono essere fatti valere esclusivamente sull'indennità.

- ▶ L'espropriante non è tenuto ad intervenire nelle controversie tra il proprietario e l'enfiteuta e non sopporta aumenti di spesa a causa del riparto tra di loro dell'indennità.
- ▶ Salvo quanto previsto dall'articolo 42, il titolare di un diritto reale o personale sul bene non ha diritto ad una indennità aggiuntiva, può far valere il suo diritto sull'indennità di esproprio e può proporre l'opposizione alla stima, ovvero intervenire nel giudizio promosso dal proprietario.
- ▶ I giudizi sono in Corte di Appello (competenza funzionale)

# Utilizzazione senza titolo di beni per scopi di interesse pubblico

156

- ▶ L'art. 42 *bis* accomuna tutte le ipotesi di occupazione illegittima di un fondo da parte della P.A. e opera sia quando manchi la procedura espropriativa sia nell'ipotesi di annullamento del vincolo preordinato all'esproprio.
- ▶ Tale occupazione postuma costituisce una *extrema ratio* solo laddove non vi siano ragionevoli alternative e ciò si ricava anche dall'obbligo in capo alla P.A. di una motivazione rafforzata in ordine alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che portano all'acquisizione del bene/fondo a patrimonio indisponibile.
- ▶ Trattasi di un provvedimento che non sana retroattivamente l'illecito commesso dalla P.A. L'acquisto della proprietà è sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute al privato entro il termine di 30 gg.
- ▶ Sotto il profilo risarcitorio, l'art. 42 *bis* stabilisce che l'autorità espropriante deve corrispondere un indennizzo patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfettariamente liquidato nella misura del 10 % del valore venale del bene.

# L'evoluzione della disciplina urbanistica

157

L'urbanistica intesa come rapporto con il territorio (o, se si vuole, il «governo del territorio»), nasce con l'affermarsi delle grandi civiltà

Già i Romani erano grandi costruttori di opere pubbliche, ma sono noti per un attento controllo del territorio e degli insediamenti (la famosa pianta ortogonale di tante nostre Città).

In Italia, dopo un periodo in cui abbiamo molti regolamenti locali (ornato e igiene) (dibattito molto acceso sulla loro vigenza), il dibattito degli anni 30 porta alla L.U fondamentale 1150/1942 che tuttora è il riferimento a livello nazionale per quanto riguarda i cd. «principi fondamentali» (117 Cost. ne).

Improntata a principi «razionalistici» e molto attenta a governare lo «spazio». Legge molto tecnica.

# I principi della legge

158

- 1) Sequenza gradualistica di Piani a piramide rovesciata o a cannocchiale (razionalità discendente);
- 2) Rigido vincolo «gerarchico» (alla gerarchia dei piani corrisponde una precisa gerarchia degli interessi, con gli interessi territorialmente sovraordinati destinati ad imporsi);
- 3) Sostanziale «atemporalità» della pianificazione (l' Italia è ancora, in gran parte, un paese non sviluppato, con molte zone rurali)
- 4) Scarso o insufficiente collegamento con altre due importantissime Leggi del medesimo periodo (1089/1939 sui beni di interesse storico- artistico e 1497/1939 sulle cd. «bellezze naturali»), ma anche con il RD 1265/1934 in materia di Leggi sanitarie (es, industrie insalubri)

# I suoi difetti

159

- 1) Meccanismo razionale ma statico e troppo rigido (varianti lunghissime) – Non capace di recepire prontamente l' emersione di nuovi interessi e nuove esigenze;
- 2) Attenzione solo al dato «spaziale» e sottovalutazione del dato «tempo»;
- 3) Sequenza di Piani non obbligatoria e perciò tutto si concentra sul PRG;
- 4) Scarso collegamento con le discipline settoriali e con la tutela degli interessi cd. «sensibili» o differenziati;
- 5) Grande attenzione ai centri abitati e non alle altre zone del territorio

# FOCUS SUL PRG

160

## Nella forma semplificata: **Programma di Fabbricazione (PdF)** (art. 7 della L. 1150/1942)

1. Il piano regolatore generale deve considerare la totalità del territorio comunale.
2. Esso deve indicare essenzialmente:
  - 1) la rete delle **principali vie di comunicazione** stradali, ferroviarie e navigabili e dei relativi impianti;
  - 2) la **divisione in zone del territorio comunale** con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona;
  - 3) le aree destinate a formare **spazi di uso pubblico** o sottoposte a speciali servitù;
  - 4) **le aree da riservare ad edifici pubblici o di uso pubblico nonché ad opere ed impianti di interesse collettivo o sociale;**
  - 5) **i vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale, paesistico;**
  - 6) **le norme per l'attuazione del piano (cd. NTA)**

*(i numeri 2, 3 e 4 sono stati dichiarati incostituzionali con sentenza della Corte Costituzionale n. 179 del 20 maggio 1999, nella parte in cui si consente all'amministrazione di reiterare i vincoli urbanistici scaduti, preordinati all'espropriazione o che comportino l'inedificabilità, senza la previsione di indennizzo secondo le modalità legislativamente previste ed in conformità ai principi)*

# Il procedimento di approvazione

161

- ▶ Il Piano viene adottato dal Consiglio Comunale.
- ▶ Viene quindi pubblicato (per almeno 60 giorni)
- ▶ Tutti possono presentare «Osservazioni»
- ▶ Il Piano viene approvato (prima dal Ministero, poi dalla Regione e in molte Regioni – su delega – dalla Provincia).
- ▶ In sede di approvazione possono essere introdotte le modifiche necessarie a salvaguardare il rispetto dei Piani sovraordinati, la razionale e coordinata sistemazione delle opere e degli impianti di interesse dello Stato, la tutela del paesaggio e di complessi storici, monumentali, ambientali ed archeologici e il rispetto delle norme sugli standard
- ▶ Dall' adozione scattano le «misure di salvaguardia»
- ▶ Il Piano ha valore a tempo indeterminato, salvo che i vincoli (espropriativi) decadono dopo 5 anni
- ▶ Le modifiche al Piano si fanno con «varianti» che possono avere un iter analogo al PRG o (in certi casi) semplificato (se sono varianti minori)

# L' Assemblea costituente e i progetti di riforma

162

Viene molto sottovalutato il tema...ci si preoccupa solo del riparto di competenze Stato / Regioni

Nel frattempo la pianificazione sovraordinata (piani territoriali di coordinamento) che doveva fare il Ministero dei LL.PP non vengono fatti.

Il PRG, per sopperire a questa mancata considerazione degli interessi sovralocali, deve essere approvato dal Ministero (e poi dalla Regione) e diviene (anomalia) un «**Atto complesso a complessità diseguale**» e cioè **imputabile a due diversi soggetti**.

Il tema della zonizzazione e della **rendita «fondiaria»**, di chi si arricchisce dormendo....

Tentativi di riforma: **la riforma Sullo (mai arrivata in porto)** che prevedeva il Comune avrebbe dovuto provvedere all'esproprio di tutte le aree rese edificabili dal Piano, provvedere alla realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria cedendo attraverso un'asta pubblica, il diritto di superficie sulle aree destinate ad edilizia residenziale, che restavano di proprietà del Comune.

# La L. 167/1962 e la cd. «Legge ponte» 765/1967

163

Con L. 167/1962 nasce l' edilizia economico – popolare (**PEEP**)

L' importanza di questi Piani.

La L. 847/1964 e la previsione delle **opere di urbanizzazione primaria e secondaria** e il nesso inscindibile con l' edificazione (le condizioni di sostenibilità): esempi e questioni

**La L. 765/1967** e l' obbligo di licenza su tutto il territorio (anche rurale).

Il primo sistema sanzionatorio

Gli standard (parcheggi)

La disciplina delle cd. «Convenzioni di lottizzazione» (convenzione, durata, garanzie finanziarie, etc...)

Ma anche il fiorire delle «leggi speciali» per la ricostruzione perché fare le varianti al PRG è lunghissimo e defaticante....

# Focus sulla rendita fondiaria

164

- ▶ Il tema della rendita fondiaria (CAMPOS, SALZANO).
- ▶ Il plusvalore che deriva dalle scelte del Piano non si deve a fattori incrementativi riconducibili a meritori impegni dei proprietari interessati, ma agli impegni ed ai costi sopportati dalla Collettività con la realizzazione di infrastrutture e servizi.
- ▶ E' una rendita "parassitaria" (criticata anche dalla dottrina più liberale).
- ▶ Inoltre nasce dal «pennello del pianificatore» che a propria discrezione (arbitrio?) distingue tra zone omogenee.
- ▶ Come superare questa sperequazione/disparità di trattamento che è uno dei principali ostacoli alla esecuzione delle scelte del Piano che rischiano di rimanere «Tigri di carta» (ASTENGO)?

# Gli anni 70

165

**Legge 865/1971** il tentativo «abortito» di ridurre l' indennità di esproprio sulla base di un presupposto teorico e cioè sull' inerenza dello jus edificandi alla mano pubblica.

Il **DM 1975** sui requisiti igienico-sanitari delle abitazioni (altezze, rapporti illuminazione ventilanti, superfici, etc...) (prima istruzioni ministeriali del 1896).

**La Legge Bucalossi 10/1977**: il tentativo di configurare lo jus edificandi come una «concessione»: le famose sentenze della **Corte**

**Costituzionale 5/1980**: la edificazione avviene ad opera del proprietario dell'area il quale, concorrendo le condizioni previste dalla legge, ha diritto ad ottenere la concessione edilizia, che non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti.

La introduzione del **contributo di costruzione**.

# Segue anni 70

166

- ▶ **La L. 457/1978**: norme per l' edilizia residenziale. Le categorie di intervento (con la distinzione tra NC e interventi sul «patrimonio esistente») (RE, RRC, RS, MS, MO).
- ▶ L' edilizia convenzionata e quella sovvenzionata e agevolata.
- ▶ **Il DPR 616/1977** (trasferimento di funzioni) e l' **art. 80**: il tentativo di far confluire la tutela dell' ambiente nella materia urbanistica e di assegnare il tutto alle neo nate Regioni (la «feroce» critica del prof. Giannini: «del lavare la testa dell' asino»...)
- ▶ Il periodo buio della cementificazione degli arenili e delle coste e della nascita degli «ecomostri»
- ▶ Il problema della «sussidiarietà» nella allocazione di funzioni così delicate.....

# Gli anni 80

167

La **L. 94/1982** e le prime esigenze di semplificazione (silenzio assenso e opere interne: art. 26)

La fondamentale **L. n. 47/1985: il primo condono edilizio** che certifica il fallimento del Trasferimento delle funzioni in materia di tutela ambientale.

La creazione di un sistema organico di sanzioni, ma anche la sanatoria per accertamento di conformità;

Il tema della nullità nei trasferimenti immobiliari degli abusi

**La L. 431/1985 (Galasso)** e la cd. «revoca» del mandato da parte dello Stato alle Regioni: le tutele ex lege affidate allo Stato (MIBACT e Soprintendenze)

# Gli anni 90

168

La nascita del livello di **pianificazione sovracomunale** (PTCP): la pianificazione di area vasta (il suo ruolo di sintesi delle politiche ambientali).

La grave crisi del PRG **e l' emergere di moduli procedurali come l' Accordi di programma e la conferenza di servizi** (L. n. 142/1990) per fare velocemente «variante» agli strumenti urbanistici: i pro e i contro!

Il crescere delle **pianificazioni «settoriali» a tutela dell' ambiente** (Piano paesistico, Piano di bacino, Piano del Parco, piani di gestione dei rifiuti, etc...) e lo scontro tra «urbanistica» e tutela dell' ambiente.

Il superamento del PRG (che si deve occupare di tutto) con lo sdoppiamento dello stesso in **Piano STRUTTURALE e Piano OPERATIVO**

Il Piano operativo come il Piano del Sindaco.

# Segue anni 90

169

Il ruolo centrale dei **privati** (le STU) e l'urbanistica «consensuale» o contrattata o concertata.

Il tema degli **accordi** e le possibili obiezioni teoriche e i potenziali rischi.

**I crediti edificatori (o edilizi) e il loro trasferimento. Il registro dei DE**

**La perequazione, la compensazione e la premialità**: cosa sono ed a quali logiche rispondono .

Il tema della «**legittimazione**» e della **partecipazione** alle scelte di governo del territorio (l'obsoleto istituto delle «Osservazioni»)

**Il moltiplicarsi dei moduli speciali** per fare variante (la disciplina della VIA, l'art. 208 del Codice dell' Ambiente, l'autorizzazione unica per le fonti rinnovabili, etc..)

# Le nuove leggi regionali

170

Il recepimento della distinzione tra strutturale e operativo (diversamente declinato: PI e PAT)

L' introduzione in queste leggi dei nuovi istituti (perequazione, compensazione crediti edilizi, etc..) che però non hanno base in leggi nazionali.....

La importante sentenza del Consiglio di Stato sul PRG di Roma (4545/2010)

Le leggi regionali più avanzate (Emilia e Veneto) con gli accordi cd. «a monte» (e non a valle) sull' esercizio della funzione urbanistica.

Il ruolo sempre più importante della pianificazione paesaggistica (art. 145 del D.Lgs. 42/2004) e della pianificazione di area vasta.

Il superamento dello zoning e delle zone omogenee

# Le Leggi regionali di ultima generazione

171

Il contenimento del consumo di suolo e la rigenerazione urbana

La «desigillazione»

L' Housing sociale e l' edilizia residenziale sociale come dotazione pubblica

Le dotazioni pubbliche in una logica «prestazionale»

Le reti verdi e blu e i servizi ecosistemici

La resilienza e la lotta ai cambiamenti climatici

Il ruolo dei privati e la attenzione al dato economico-finanziario

La grande attenzione allo sviluppo degli insediamenti produttivi (art. 8 DPR 160/2010) e varie norme regionali

# La nuova nozione di urbanistica

172

**La famosa sentenza per il piano regolatore di Cortina d'Ampezzo (cds 2710/2017) ed altre precedenti (sentenza della Sez. IV 8 maggio 2000, n. 2639) :** *«lo strumento urbanistico generale non presuppone affatto, inderogabilmente, tendenze espansive edilizie e demografiche. Al contrario, una moderna e realistica concezione dell'urbanistica appare incentrata sulla necessità di tener conto della fortissima antropizzazione del territorio nazionale concentrata in specifiche aree; del calo demografico generale; dell'ineludibile bisogno di tutela delle ormai rare zone non edificate. Gli strumenti urbanistici, quindi, possono e devono essere costruiti intorno a linee guida che esaltino il momento del recupero e della razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente»*

Questa pronuncia si poneva nel solco della dottrina più avvertita e lungimirante. Già in un testo del 1985 Vincenzo Cerulli Irelli scriveva: *«deve essere completamente ribaltata (...) l'attuale impostazione secondo cui tutto il territorio nazionale è potenzialmente edificabile, secondo cui la proprietà fondiaria reca in sé una attitudine all'edificabilità. Il principio fondamentale dell'ordinamento, deve essere, tutto al contrario, quello della assoluta inedificabilità (eccettuati gli interventi sull'esistente) di ogni porzione del territorio nazionale, salve quelle che l'atto di pianificazione fondamentale (...) abbia destinato alla urbanistica operativa». Le parti oggetto di trasformazione urbanistica, comunque, «saranno limitatissime: è ormai impossibile pensare, come trenta anni fa, ad una edificabilità diffusa»*

# Segue

173

Più in generale, il governo del territorio e le sue funzioni vengono ad assumere sempre più, come principi ordinatori propri, principi del diritto ambientale quali il principio di precauzione, di prevenzione, di responsabilità intergenerazionale e dello sviluppo sostenibile.

Finita l'urbanistica dell'espansione, la nuova finalità della pianificazione – per riprendere le parole del Consiglio di Stato nella sentenza sul piano regolatore di Cortina d'Ampezzo – è lo sviluppo complessivo ed armonico del territorio; *«uno sviluppo che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli, in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi, sia dei valori ambientali e paesaggistici, delle esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, delle esigenze economico-sociali della **comunità radicata sul territorio**»*

# Segue

174

I nuovi temi: la rigenerazione urbana e il contenimento del consumo di suolo.

Gli strumenti: la leva «fiscale» (il superbonus e il 110%): ma è un ottica edilizia....

La rigenerazione di beni comuni urbani “dal basso» che opera a livello urbano “micro” e nasce dall’iniziativa spontanea o dal coinvolgimento in partenariato con l’ente locale della cittadinanza attiva in sussidiarietà orizzontale.

Gli <usi temporanei>

Il ruolo attivo dei cittadini e la partecipazione (non solo 241...)

# La disciplina edilizia

175

Si colloca al vertice della piramide rovesciata dei Piani (la discrezionalità è stata spesa nella pianificazione e per questo si dice che l' edilizia è attività vincolata: il PDC è un accertamento costitutivo a carattere non negoziale e vincolato).

Mentre l' urbanistica è molto «regionalizzata», l' edilizia si sta **«statalizzando»** nel senso che le norme fondamentali sono contenute nella legislazione statale (DPR 380/2001: TU edilizia). **Questa Corte ha già ricondotto nell'ambito della normativa di principio in materia di governo del territorio le disposizioni legislative riguardanti i titoli abilitativi per gli interventi edilizi (sentenza n. 303 del 2003, punto 11.2 del Considerato in diritto): a fortiori sono principi fondamentali della materia le disposizioni che definiscono le categorie di interventi, perchè è in conformità a queste ultime che è disciplinato il regime dei titoli abilitativi, con riguardo al procedimento e agli oneri, nonché agli abusi e alle relative sanzioni, anche penali.** L'intero corpus normativo statale in ambito edilizio è costruito sulla definizione degli interventi, con particolare riferimento alla distinzione tra le ipotesi di ristrutturazione urbanistica, di nuova costruzione e di ristrutturazione edilizia cosiddetta pesante, da un lato, e le ipotesi di ristrutturazione edilizia cosiddetta leggera e degli altri interventi (restauro e risanamento conservativo, manutenzione straordinaria e manutenzione ordinaria), dall'altro. La definizione delle diverse categorie di interventi edilizi spetta, dunque, allo Stato." (Corte Cost. 319/2011)

# I principi fondamentali

176

## Principi sostanziali:

- discriminare tra attività edilizia libera e non;
- pluralità di titoli abilitativi;
- trasferibilità e temporaneità dei titoli;
- diverse categorie di intervento e suddivisione usi –
- Il contributo di costruzione e la sua finalità
- controllo della cd. agibilità con finalità igienico-sanitaria
- la disciplina sismico e strutturale
- sistema sanzionatorio graduato a seconda della gravità abusi (sanzioni penali e amministrative)
- possibilità di titoli in sanatoria per opere conformi;

Un punto dubbio, Quale è il bene giuridico tutelato? Il territorio o il previo controllo sulla base dei titoli? (es. della rototraslazione di un edificio in zona agricola)

# Segue.

177

## Principi procedurali:

- Principio di separazione (competenza dei dirigenti salvo casi particolari: Pdc in deroga o Pdc convenzionato);
- Sportello unico e conferenza di servizi;
- Intervento sostitutivo in caso di inerzia ;
- Facoltatività della SCIA.
- Responsabilità del committente e, soprattutto del professionista privato (rischi....)
- Il potere di intervento sulla CILA e sulla SCIA
- La tutela del terzo nei confronti della SCIA

# Focus sulla responsabilità

178

- ▶ Secondo la giurisprudenza della **Cassazione penale, Sez. III, sentenza n° 23072 del 08/06/2011**:
- ▶ *“Il termine asseverare ha il significato di “affermare con solennità”, e cioè di porre in essere una dichiarazione di particolare rilevanza formale e di particolare valore nei confronti dei terzi quanto alla verità ed alla affidabilità del contenuto.*
- ▶ *La relazione di accompagnamento alla DIA edilizia ha natura di “certificato” per quanto riguarda sia la descrizione dello stato attuale dei luoghi, sia la rappresentazione delle opere che si intende realizzare e l’attestazione della conformità delle stesse agli strumenti urbanistici ed al regolamento edilizio. Con la DIA, quindi, al principio autoritativo si sostituisce il **principio dell’auto responsabilità del cittadino**, che è legittimato ad agire in via autonoma, valutando l’esistenza dei presupposti richiesti dalla normativa in vigore”.*

# Art. 29 TUED

179

Il **progettista** viene in rilievo se effettua dichiarazioni non veritiere. In tal caso viene data notizia di ciò alla A.G. ed all' Ordine. Egli deve asseverare la "conformità" a ...tutto! Egli risponde, pertanto del reato di cui all' art. 481 c.p. (falso ideologico dell' esercente un servizio di pubblica necessità).

## Il direttore dei lavori.

A lui spetta verificare che l' opera venga fatta in conformità al progetto ed alle modalità stabilite.

Egli ha perciò una "obbligazione di garanzia" sulle opere di cui si è assunto la responsabilità tecnica.

Per questo ha una veste anche "pubblicistica", dato che è il primo soggetto a cui spetta impedire abusi.

Ha un ruolo "difficile"! Non incorre in responsabilità se effettua una **specificata contestazione delle violazioni** al titolare del permesso, al committente, al costruttore, ma anche al Dirigente o responsabile dell' Ufficio Tecnico.

Se l' abuso è grave o prosegue, deve **rinunziare all' incarico**, notiziando Dirigente o responsabile dell' Ufficio Tecnico.

Se non lo fa incorre anche in responsabilità disciplinare (sanzione della sospensione da tre mesi a due anni).

# Le categorie di intervento

180

Oggi sono indicate dall' art. 3 del TUEd. Sono:

- la MO;
- la MS;
- Il RRC e il RS
- La RE nelle sue varie forme (tra cui il RT: ripristino tipologico)
- La NC nelle sue varie forme.

Negli ultimi anni si è molto spinto su MS e RE dilatandole, nel tentativo di incentivare il recupero degli edifici esistenti.

Moltissimo contenzioso per stabilire i «confini» tra le categorie

Il tema dei «diritti dei terzi»

# FOCUS SU RE

181

## La (Nuova) Ristrutturazione

Categoria di intervento «cerniera» tra NC e recupero dell' esistente: difficile compito della giurisprudenza tracciare la linea di confine (esempio: demolizione e ricostruzione; ricostruzione di ruderi; modesti ampliamenti);

Mia tesi: si comprime lo jus edificandi e sorge quello che ho chiamato <jus restituendi>

Diritto a «geometria variabile»: dallo <jus servandi> (semplice istanza conservativa) al diritto di ricostruire edifici crollati o demoliti di cui è possibile ricostruire la precedente consistenza.

La rottura dei «dogmi» (ricostruzione di ciò che non esiste; sfasamento temporale tra demolizione e ricostruzione; eliminazione della necessaria connotazione finalistica della demolizione)

Nasce una sorta di diritto ad un «bonus volumetrico»?

I problemi: quali limiti??

# Segue RE

182

Ristrutturazione di due tipi:

**CONSERVATIVA** (la struttura originaria viene conservata)

**RICOSTRUTTIVA** (l' edificio viene demolito e ricostruito). A questa viene equiparata la ricostruzione di edifici demoliti e crollati anteriormente

Non affrontato un tema relevantissimo: rist. per TUED ma NC per i terzi?  
(se modifico la sagoma e il sedime.....)

Come mi relaziono con i terzi? Com. di avvio per i terzi? E' difficile: è SCIA.....

Non c'è un facile coordinamento con la NC: (ai sensi della lettera g) è NC l' ampliamento dei manufatti al di fuori della sagoma esistente

# La nuova RE dopo il decreto semplificazioni (L. 120/2020): edifici non vincolati

183

ora può comportare anche la **A) modifica di sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche**, nonché **B) le innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica, per l'applicazione della normativa sull'accessibilità, per l'installazione di impianti tecnologici e per l'efficientamento energetico**. Inoltre, nei soli casi espressamente previsti dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali, sono ammessi **C) incrementi di volumetria, anche per promuovere interventi di rigenerazione urbana**

# RE edifici vincolati (una logica «opposta»)

184

per gli interventi di demolizione e ricostruzione e per gli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti che riguardino **immobili sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42**, devono essere mantenuti sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche dell'edificio preesistente e non siano previsti incrementi di volumetria.

Idem per quelli localizzati **nelle zone omogenee A o in zone a queste assimilabili in base alla normativa regionale e ai piani urbanistici comunali**, nei centri e nuclei storici consolidati e negli ulteriori ambiti **di particolare pregio storico e architettonico**

# Provocazione...ai futuri architetti

185

Quindi se c'è un orrore in zona paesaggistica, devo conservarlo per sempre «dove era e come era»? (una baracca «Dieci» condonata in riva al fiume)

E' possibile che ci siano ora 5 tipologie di ristrutturazione??

(senza considerare le «ricostruzioni» ai sensi del Codice della strada...):

- 1) Ricostruzione edifici demoliti e crollati (in zona di vincolo o meno)
- 2) Demo-ricostruzione di edifici senza vincoli
- 3) Demo-ricostruzione di edifici vincolati (ipotesi 1 e ipotesi 2)
- 4) Ristrutturazione conservativa leggera
- 5) Ristrutturazione conservativa pesante

# Il tema delle distanze nelle ricostruzioni

186

1. In ogni caso di intervento che preveda la demolizione e ricostruzione di edifici, sia esso qualificato come nuova costruzione, soggetta a permesso di costruire, o come ristrutturazione edilizia, soggetta a SCIA, la ricostruzione è comunque consentita nei limiti delle distanze legittimamente preesistenti, (anche) qualora le dimensioni del lotto di pertinenza non consentano la modifica dell'area di sedime ai fini del rispetto delle distanze minime tra gli edifici e dai confini. Per distanze legittimamente preesistenti **si intendono le distanze dai confini e dai fabbricati stabilite dallo stato legittimo dell'immobile o dell'unità immobiliare ai sensi dell'articolo 10 bis.**

. Gli **incentivi volumetrici** eventualmente riconosciuti dal piano urbanistico per gli interventi di cui al comma 1 possono essere realizzati **anche con ampliamenti fuori sagoma e con il superamento dell'altezza massima dell'edificio demolito, sempre nei limiti delle distanze legittimamente preesistenti.**

3. **Nei centri storici e negli insediamenti e infrastrutture storici del territorio rurale**, individuati dalla pianificazione territoriale e urbanistica, gli interventi di demolizione e ricostruzione che presentano le caratteristiche di cui ai commi 1 e 2 possono essere realizzati direttamente previo rilascio o presentazione di titolo abilitativo edilizio qualora il PUG abbia stabilito la disciplina particolareggiata degli interventi e usi ammissibili e le forme di tutela degli edifici di particolare interesse storico-architettonico o culturale e testimoniale, ai sensi dell'articolo 26, comma 1, lettera b), e articolo 32, comma 8, della legge regionale n. 24 del 2017. In carenza di tali previsioni del PUG, i medesimi interventi sono consentiti esclusivamente nell'ambito degli accordi operativi, dei piani attuativi di iniziativa pubblica e degli altri piani attuativi, atti negoziali e procedimenti speciali, comunque denominati, che ne stabiliscano la disciplina urbanistica ed edilizia di dettaglio. Sono comunque **fatte salve le previsioni degli strumenti di pianificazione territoriale, paesaggistica nonché quelle della pianificazione urbanistica vigente fino alla data di entrata in vigore del PUG**, che consentano di realizzare interventi di demolizione e ricostruzione direttamente con il rilascio o la presentazione del titolo abilitativo edilizio.”.

# Le questioni.....

188

- \*Mi distanzio anche solo un po'? (migliorando...) E posso fare ampliamenti?
- \*Le distanze stabilite dallo stato legittimo (se non c'è un titolo? L'usucapione?)
- \*Posso aprire una finestra sull' ampliamento volumetrico in altezza non a distanza?
- \*Come si fa a parlare di distanze legittimamente preesistenti per una distanza che non c'era?
- \*Posso «peggiorare» la situazione del vicino?
- \*Valenza solo edilizia o anche nei rapporti con i terzi?

# Il problema dello «stato legittimo» per il professionista

189

Lo stato legittimo deriva: **dal titolo edilizio che ha previsto la costruzione dell'immobile, integrato con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali, ma anche dai titoli edilizi in sanatoria**, rilasciati a seguito di istanza di condono edilizio

- per gli edifici realizzati in un'epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio (ante 1942 per gli immobili collocati nel territorio urbanizzato, ante 1967 per quelli extraurbani), lo stato legittimo si desume dalle informazioni catastali di primo impianto o da altri documenti probanti (quali le riprese fotografiche, gli estratti cartografici, i documenti di archivio o altro atto, pubblico o privato, di cui sia dimostrata la provenienza), integrati naturalmente con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali;

- quest'ultima disposizione trova applicazione anche nei casi in cui sussista un principio di prova scritta circa l'avvenuto rilascio di un titolo abilitativo del quale, tuttavia, non sia disponibile alcuna copia

Per l' accertamento dello stato legittimo degli interventi che beneficiano dell'ecobonus del 110%, in tali casi (di interventi che interessino sia le parti comuni degli edifici che private), quantomeno per gli immobili realizzati prima del 1967, la verifica dello stato legittimo deve essere riferita **alle sole parti dell'edificio interessate dall'intervento**.

In pratica, siccome non c'è un Registro ufficiale dei titoli e anzi, in genere, i Comuni conservano i titoli abilitativi dentro le singole pratiche, spesso le pratiche sono introvabili, perse, allagate.....

Inoltre, prima del 42 (o del 67 per il rurale), c'è una molteplicità disparata di Regolamenti locali (con le più diverse finalità: di ornato, igienico-sanitari, etc...)

Esempi di difficoltà nel ricostruire lo stato legittimo

D'altronde la legittimità è fondamentale, perché ai sensi dell' art. 49 del TUE o dell' art. 4 del DM Finanze 41/1998, se ci sono abusi non spettano i benefici fiscali

# La RE degli edifici demoliti e crollati di cui si accerta la preesistente consistenza

191

La RE portata ai suoi limiti estremi: la ricostruzione di ciò che nel mondo fisico non c'è più.

Quali limiti temporali e «fisico-morfologici»?

Non si rischia la cementificazione del territorio soprattutto in quelle Regioni che hanno archivi storici molto forniti e ben tenuti?

qualificare un intervento ricostruttivo come di ristrutturazione edilizia nel caso in cui il manufatto non sia più fisicamente individuabile nella sua volumetria e dunque sia da tempo crollato o demolito e ne sia però dimostrata la preesistenza con una documentazione dalla quale possano essere accertato gli essenziali parametri edilizi».

Gli esempi

# I titoli abilitativi

192

- Attività edilizia libera
- Attività soggetta A CILA
- Attività soggette a SCIA
- Attività soggetta a Permesso di costruire
- Attività soggette a Permesso di costruire convenzionato
- Attività soggette a Permesso di costruire in deroga
- PAS (energie alternative)

In base al DPR 380, le Regioni possono scegliere di assoggettare a SCIA anche interventi di RE (pesante) che altrimenti sarebbero soggetti a Pdc

# Pdc in deroga

193

Divergenze più significative con il PdC ordinario:

1. Deroga qualificabile come atto discrezionale, posto che l'autorizzazione dell'intervento implica un bilanciamento tra più interessi pubblici e privati in potenziale conflitto.
2. La deroga implica, poi, valutazioni "analoghe" a quelle sottese alla pianificazione territoriale, e giustifica, sul piano procedimentale, il coinvolgimento dell'organo politico che rappresenta l'intera comunità locale e che è normalmente competente ad adottare gli atti pianificatori

# Pdc convenzionato (art. 28 bis)

194

1. Qualora le esigenze di urbanizzazione possano essere soddisfatte con una modalità semplificata, è possibile il rilascio di un permesso di costruire convenzionato.
2. La convenzione, approvata con delibera del consiglio comunale, salva diversa previsione regionale, specifica gli obblighi, funzionali al soddisfacimento di un interesse pubblico, che il soggetto attuatore si assume ai fini di poter conseguire il rilascio del titolo edilizio, il quale resta la fonte di regolamento degli interessi.
3. Sono, in particolare, soggetti alla stipula di convenzione:
  - a) la cessione di aree anche al fine dell'utilizzo di diritti edificatori;
  - b) la realizzazione di opere di urbanizzazione fermo restando quanto previsto dall' articolo 32, comma 1, lettera g), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;
  - c) le caratteristiche morfologiche degli interventi;
  - d) la realizzazione di interventi di edilizia residenziale sociale.
4. La convenzione può prevedere modalità di attuazione per stralci funzionali, cui si collegano gli oneri e le opere di urbanizzazione da eseguire e le relative garanzie.
5. Il termine di validità del permesso di costruire convenzionato può essere modulato in relazione agli stralci funzionali previsti dalla convenzione.
6. Il procedimento di formazione del permesso di costruire convenzionato è quello previsto dal Capo II del Titolo II della presente parte. Alla convenzione si applica altresì la disciplina dell' articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

# Le caratteristiche dei titoli

195

Durata determinata (in genere triennale)

Sono prorogabili per giustificati motivi

Son trasferibili (si parla di voltura del titolo)

Se scadono, si può completare l' intervento ma solo se non sono entrate in vigore contrastanti previsioni.

Il titolo viene rilasciato previo pagamento del CONTRIBUTO di COSTRUZIONE (quota oneri di urbanizzazione e costo di costruzione)

Il soggetto può stabilire (nei Piani attuativi o nel PdC convenzionato) che il soggetto realizzi direttamente le opere (SCOMPUTO).

## Segue oneri (il cd. contributo straordinario): art. 16, comma 4, lettera d)

196

La previsione richiede al Comune di valutare il <maggior valore> generato da interventi su aree o immobili in variante urbanistica, in deroga o con cambio di destinazione d'uso.

Tale maggior valore, calcolato dall'Amministrazione Comunale è suddiviso in misura non inferiore al 50% tra Comune e parte privata ed è erogato dal privato al Comune sotto forma di «*contributo straordinario*» che «*attesta l'interesse pubblico*» (sic!!) con un «*versamento vincolato ad uno specifico centro di costo per la realizzazione di opere pubbliche e servizi da realizzare nel contesto in cui ricade l'intervento, cessione di aree o immobili da destinare a servizi di pubblica utilità, edilizia residenziale sociale o opere pubbliche*».

Norma molto discutibile.....

# La disciplina degli usi

197

E' un tema molto dibattuto...Salva diversa previsione da parte delle leggi regionali, costituisce mutamento rilevante della destinazione d'uso ogni forma di utilizzo dell'immobile o della singola unità immobiliare diversa da quella originaria, ancorché non accompagnata dall'esecuzione di opere edilizie, purché tale da comportare l'assegnazione dell'immobile o dell'unità immobiliare considerati ad una diversa categoria funzionale tra quelle sotto elencate:

- a) residenziale;
- a-bis) turistico-ricettiva;
- b) produttiva e direzionale;
- c) commerciale;
- d) rurale.

Il mutamento della destinazione d'uso all'interno della stessa categoria funzionale è sempre consentito; ad esempio il cambio di destinazione d'uso da produttivo a direzionale.

# La SCEA (segnalazione certificata di conformità edilizia ed agibilità)

198

avv. federico gudrandi federico@studiogudrandi-minotti.it

Fin dal 1934 (TU leggi sanitarie), dopo la costruzione, si doveva verificare i requisiti igienico sanitari (la prosciugatura dei muri), ma anche la conformità.

Spesso veniva rilasciato previa visita dell' Ufficiale sanitario

Ha un aspetto prevalentemente di tipo igienico-sanitario (altezze, rapporti illuminazione/ventilanti, dimensioni minime di superficie, etc...)

C'è un fondamentale DM 1975 del Ministero della Salute.

Se mancano i requisiti (es. altezza insufficiente), l' agibilità non viene concessa, anche se è stato rilasciato il condono-

Oggi grande importanza anche la tematica degli impianti e la certificazione della loro conformità

# Nozioni generali sulle sanzioni

199

## AMMINISTRATIVE

sanzioni di carattere demolitorio (gravi abusi edilizi)

sanzioni di carattere pecuniario (irregolarità edilizie meno gravi)

## PENALI

sanzioni di carattere penale (abusi edilizi che costituiscono anche illecito penale) definite dall'articolo 44 lettera a) lettera b) e lettera c).

Le sanzioni penali si cumulano a quelle amministrative- la violazione amministrativa comprende quella penale non sempre la violazione amministrativa comporta anche quella penale

# Le sanzioni nel TU Edilizia

200

- ▶ Lottizzazione abusiva (art. 29 – art 44 lett c) parte prima)
- ▶ Eseguiti in assenza di pdc, in totale difformità dal pdc, o con variazioni essenziali (art. 31)
- ▶ Parzialmente difformi dal pdc (art. 34)
- ▶ Di ristrutturazione in assenza o totale difformità dal pdc (art. 33)
- ▶ Su un pdc successivamente annullato (articolo 38)
- ▶ Eseguiti in assenza o totale difformità dalla SCIA (art. 37)

# I rapporti con la disciplina sismica

201

I lavori edilizi non possono essere iniziati fino a quando non sia stata rilasciata l'**autorizzazione sismica o effettuato il deposito.**

I funzionari, gli ufficiali ed agenti indicati all'articolo 103, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001 che, nell'espletamento delle loro funzioni, accertano che sono stati iniziati lavori in carenza di autorizzazione sismica o del deposito del progetto esecutivo riguardante le strutture, nei casi di cui agli articoli 11 e 13, danno comunicazione del processo verbale di cui all'art. 96 del decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001 allo Sportello unico per l'edilizia che, per i successivi adempimenti, si avvale della struttura tecnica competente in materia sismica.

L' art. 97 del TU dell' Edilizia: la sospensione dei lavori : “l' ordine di sospensione dei lavori produce i suoi effetti sino alla data in cui la pronuncia dell' Autorità giudiziaria sia “irrevocabile”.

# Il tema delle competenze

202

Cass. civ. Sez. II Ord., 08/01/2021, n. 100: **Sono illegittime la progettazione e la direzione di opere da parte di un geometra in materia riservata alla competenza professionale degli ingegneri o degli architetti, a nulla rilevando in proposito che un progetto redatto da un geometra sia controfirmato o vistato da un ingegnere** ovvero che un ingegnere esegua i calcoli in cemento armato, atteso che il professionista competente deve essere altresì titolare della progettazione, trattandosi di competenze inderogabilmente da affidare dal committente al professionista abilitato secondo il proprio statuto professionale, sul quale gravano le relative responsabilità; **e con la conseguenza ulteriore che, qualora il rapporto professionale abbia avuto ad oggetto una costruzione per civili abitazioni, è affetto da nullità il contratto anche relativamente alla direzione dei lavori affidata a un geometra**, quando la progettazione - richiedendo l'adozione anche parziale dei calcoli in cemento armato - sia riservata alla competenza degli ingegneri.

# Segue competenze

203

La sentenza n. 1255/2021 del Consiglio di Stato nega la possibilità di intervento degli Architetti quando viene in rilievo la materia delle opere viarie e delle costruzioni stradali. Sentenza 09/01/2014 n. 21

Sentenza 09/01/2014 n. 21 Consiglio di Stato - **Solo gli architetti possono effettuare interventi sugli immobili vincolati.**

Attenzione: se si opera in una ambito su cui non c'è competenza, il relativo contratto è nullo e non dà titolo al compenso

# La responsabilità delle varie figure

204

**Il progettista** viene in rilievo se effettua dichiarazioni non veritiere. In tal caso viene data notizia di ciò alla A.G ed all' Ordine.

Egli deve asseverare la "conformità" a ...tutto! Egli risponde, pertanto del reato di cui all' art. 481 c.p. (falso ideologico dell' esercente un servizio di pubblica necessità).

La segnalazione va sempre fatta all' A.G. e va fatta con sollecitudine.

**Il direttore dei lavori**. A lui spetta verificare che l' opera venga fatta in conformità al progetto ed alle modalità stabilite.

Egli ha perciò una "obbligazione di garanzia" sulle opere di cui si è assunto la responsabilità tecnica.

Per questo ha una veste anche "pubblicistica", dato che è il primo soggetto a cui spetta impedire abusi. Ha un ruolo "difficile"! Non incorre in responsabilità se effettua una specifica contestazione delle violazioni al titolare del permesso, al committente, al costruttore, ma anche al Dirigente o responsabile dell' Ufficio Tecnico.

Se l' abuso è grave o prosegue, deve rinunciare all' incarico, notiziando Dirigente o responsabile dell' Ufficio Tecnico. Se non lo fa incorre anche in responsabilità disciplinare (sanzione della sospensione da tre mesi a due anni).

# L' asseverazione del professionista

205

Sentenza della terza sezione della Corte di Cassazione n° 1818 del 19/01/2009:

Dalla lettura coordinata e sistematica della normativa di riferimento ( d.p.r. n° 380/2001, art. 23, commi 1 e 6, e art. 29 comma 3 ), emergerebbe un “ **sostanziale affidamento** **“ riposto dall'ordinamento sulla relazione tecnica che accompagna il progetto e sulla sua veridicità**”, atteso che “ quella relazione si sostituisce, in via ordinaria, ai controlli dell'ente territoriale ed offre le garanzie di legalità e correttezza dell'intervento”.

# L' accertamento di conformità

206

Due ipotesi: accertamento di conformità e cd. “sanatoria giurisprudenziale”. Molti dubbi sulla sua legittimità costituzionale!

La tesi a favore: a ) la sanzione non è afflittiva, ma ripristinatoria; b) primato della pianificazione sul titolo formale.

E' un violazione solo formale e non sostanziale.

In sostanza l' intervento si poteva fare, ma non è stato richiesto il titolo abilitativo. Si paga il doppio del contributo di costruzione.

Ci si chiede se sia ammissibile una sanabilità “parziale” e una sanabilità “con prescrizioni”. A stretto rigore la risposta dovrebbe essere negativa (non c'è conformità). In realtà la giurisprudenza ha ammesso anche la possibilità di stipulare accordi integrativi (art. 11 della L. n. 241/1990)

# E per la scia??

207

Ha senso una SCIA a sanatoria se la SCIA è un atto del privato? Ci vuole un provvedimento espresso?

Il privato si auto-sana??

Alcune norme regionali discusse....hanno cercato di sanare «abusi storicizzati».....ma La Corte Costituzionale con sentenza n. 77/2021 ha pronunciato l'incostituzionalità degli articoli 1 e 2 della Legge Regione n. 50/2019 (disposizioni per la regolarizzazione delle opere eseguite in parziale difformità prima dell'entrata in vigore della legge 28 gennaio 1977, n. 10 "Norme in materia di edificabilità dei suoli").

# Interventi eseguiti in base a Pdc annullato

208

Se viene annullato il permesso di costruire:

a) prima si verifica se è possibile rimuovere i vizi (formali) del procedimento; b) se no, riduzione in pristino; c) se neppure questa è possibile, sanzione pari al valore venale (e non il doppio!) delle opere

Il pagamento della sanzione è come l'ottenimento di una sanatoria.

Il problema della responsabilità della PA per l'emanazione di un titolo illegittimo

Entro che termini si può annullare? (il titolo abilitativo basato su dichiarazioni "dolosamente infedeli" e il tema della carenza di requisiti igienico-sanitari)

# TOLLERANZE

209

Il mancato rispetto dell' altezza, dei distacchi, della cubatura, della superficie coperta e di ogni altro parametro o dimensione delle singole UNITA' IMMOBILIARI (no fabbricati) **non è violazione se entro il 2% delle misure previste dal titolo abilitativo.**

Sono le cd. "difformità di cantiere".

Alcune norme regionali hanno esteso questa ipotesi alle fattispecie in cui vi è stato il rilascio dell' agibilità previo sopralluogo, valorizzando il principio di tutela dell' affidamento e del principio di proporzionalità.

# Ritardato o omesso versamento del contributo di costruzione

210

Le sanzioni sono graduate in proporzione al ritardo accumulato fino ad un max di 240 gg (40%).

Decorso il termine di 240 gg si procede alla riscossione coattiva.

Le sanzioni si prescrivono in 5 anni (art. 28 L. 689/1981)

Il contenzioso sul contributo è un' azione di accertamento (dieci anni) e il giudice è il giudice amministrativo.

Il problema della fideiussione: la giurisprudenza ritiene che il Comune possa applicare le sanzioni anche se la PA avrebbe potuto attivare l' escussione della fidejussione

# Scomputi e monetizzazioni

211

L'obbligo di realizzare tali opere da parte del soggetto privato lottizzante è conseguenza del rapporto contrattuale di natura onerosa che intercorre con la PA e che discende dalla CONVENZIONE URBANISTICA.

Le opere di urbanizzazione a scomputo hanno una destinazione pubblica fin dall'origine.

La monetizzazione è invece la sostituzione dell'obbligo di realizzare queste opere con la possibilità di pagare un corrispettivo in denaro (nelle ipotesi in cui la realizzazione e cessione non sia possibile e/o conveniente (magari per le limitate dimensioni del lotto o per l'esiguità dello standard)

Scomputo indifferenziato di U1 e U2?

# Il TU beni culturali: la Costituzione

212

Art. 9 Costituzione : La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.

Il paesaggio tutelato dalla Repubblica. Il perseguimento della tutela è affidato a tutte le articolazioni territoriali.

Valore “primario” insuscettibile di essere subordinato a qualsiasi altro (Corte Cost. n. 151/1986). Urbanistica “piegata” a realizzare la tutela di tale valore primario. Conflitti.....

Stretta contiguità con materie da sempre di competenza regionale (urbanistica, agricoltura, caccia, etc...)

Si può dire che la tutela del paesaggio è un “compito comune” (MERUSI).

è il contesto storico, culturale, sociale, naturalistico in cui i “beni” sono stati creati che attribuisce loro valenza culturale

# La modifica del Titolo V e il D. Lgs. 42/2004

213

La tutela dell' ambiente e degli ecosistemi spetta alla legislazione esclusiva dello Stato (art. 117, 2° comma, lettera s)

La valorizzazione dei beni culturali e ambientali spetta invece alla Legislazione concorrente Stato - Regioni.

Tentativo di mettere insieme due leggi "gemelle": Beni culturali sempre dello Stato; Paesaggio, passato alle Regioni (in realtà "due canne d'organo...")

Due Parti distinte.

# Il Paesaggio...

214

Molte ricostruzioni possibili della nozione di paesaggio (CIVITARESE MATTEUCCI)

Paesaggio come materia non prevista (Legislazione solo regionale in quanto materia “residuale”);

Paesaggio come riconducibile al “governo del territorio” (no di Corte Cost. n. 303/2003);

Paesaggio come riconducibile alla “tutela dell’ ambiente” (Tesi di Ad. Plen. N. 09/2001 e del D. Lgs. N. 112/1998, che, infatti, ricomprende tra i “beni ambientali” la tutela del paesaggio

Paesaggio come riconducibile alla “tutela e valorizzazione dei beni culturali” (tutela allo Stato, con cooperazione delle Regioni, valorizzazione competenza concorrente)

# La scelta del Codice

215

In questa ultima ricostruzione - che pare quella adottata dal Codice - si enfatizza il valore “culturale” del paesaggio (come aveva fatto la Commissione Franceschini del 1964), dato che il Paesaggio viene ritenuto una testimonianza della storia, delle radici e dell’ identità di una Comunità.

Il Codice, infatti, ricomprende nella nozione unitaria di “patrimonio culturale” (art. 2) sia i beni culturali che quelli paesaggistici: chiara opzione che sposta il baricentro della tutela verso il “Centro”.

In realtà sono due facce della stessa medaglia (“endiadi unitaria”) per Corte Cost. n. 478/2002.

Molto importante anche la cd. “allocazione” delle funzioni, in applicazione dei principi costituzionali di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Dal 2006 si assiste ad una “ascensione” (Commissioni regionali, favor per l’ esercizio delle funzioni in forma associata, etc...), avallata dalla Corte Cost.le.

# La Corte Costituzionale

216

La Sentenza 182/2006 avverso la Legge regionale Toscana.

*“Impronta unitaria della pianificazione paesaggistica che è assunta a **valore imprescindibile, non derogabile dal Legislatore regionale** in quanto espressione di un intervento teso a stabilire una **metodologia uniforme** nel rispetto della Legislazione di tutela dei beni culturali e paesaggistici sull’ **intero territorio nazionale**: il paesaggio va cioè rispettato come valore primario, attraverso un **indirizzo unitario** che **superi la pluralità degli interventi** delle Amministrazioni locali”.*

Sentenza 367/2007: “La tutela ambientale e paesaggistica **precede e comunque costituisce un limite** alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali”

BENE “PRIMARIO e ASSOLUTO” meritevole di PRIORITARIA protezione (181/1986).

# I principi del Codice

217

In attuazione dell' articolo 9 della Costituzione, la Repubblica tutela e valorizza il patrimonio culturale in coerenza con le attribuzioni di cui all' art. 117 della Costituzione e secondo le disposizioni del presente Codice.

La tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della Comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura. Lo Stato, le Regioni, le Città metropolitane i Comuni e gli altri soggetti pubblici assicurano la conservazione e la pubblica fruizione del patrimonio culturale.

I privati proprietari, possessori o detentori di beni appartenenti al patrimonio culturale sono tenuti a garantirne la conservazione.

# I beni culturali (cenni)

218

“Le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le testimonianze aventi valore di civiltà”.

Elencazione art.10 del Codice

- ▶ Funzioni di tutela : competenza esclusiva dello Stato esercitata mediante attività dirette, sulla base di un'adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione. Mediante “intese “ alcune funzioni possono essere delegate alle regioni<sup>LSEP</sup>
- ▶ Funzioni di vigilanza : competenza esclusiva dello Stato - Per l'esercizio dei poteri di vigilanza su immobili appartenenti alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali, il Ministero può procedere anche mediante forme di intesa e di coordinamento con le regioni.
- ▶ Concorso di tutti i soggetti istituzionali: gli enti pubblici territoriali cooperano con il Ministero nell'esercizio delle funzioni di tutela

# Segue beni culturali

219

- ▶ I beni culturali non possono essere distrutti, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione

## Art.21 del Codice :

- ▶ Sono subordinati ad autorizzazione del Ministero: [L] [SEP] .....l'esecuzione di opere e lavori di qualunque genere su beni culturali;
- ▶ il mutamento di destinazione d'uso dei beni medesimi e' comunicato al soprintendente ai fini della verifica della compatibilità dell'uso con il carattere storico [L] [SEP] [L] [SEP]

# Segue autorizzazione

220

## Art. 22 del Codice

- ▶ l'autorizzazione relativa ad interventi in materia di edilizia pubblica e privata è rilasciata entro il termine di centoventi giorni dal ricevimento dell'istanza
- ▶ decorso inutilmente il termine stabilito, il richiedente può diffidare l'amministrazione a provvedere. Se l'amministrazione non provvede nei trenta giorni successivi al ricevimento della diffida, il richiedente può agire con il cd. "rito del silenzio".
- ▶ Non è previsto il rilascio di autorizzazione ex-post
- ▶ Art.27 del Codice
- ▶ Nel caso di assoluta urgenza possono essere effettuati gli interventi provvisori indispensabili per evitare danni al bene tutelato, purché ne sia data immediata comunicazione alla soprintendenza, alla quale sono tempestivamente inviati i progetti degli interventi definitivi per la necessaria autorizzazione.

# Violazioni e sanzioni

221

art.160 del Codice

il Ministero interviene con ordine di reitregro nei confronti dei soggetti che nell'esecuzione di interventi abbiano procurato un danno al bene culturale, dandone comunicazione al comune interessato qualora le opere da disporre abbiano rilievo urbanistico-edilizio

e' previsto l'intervento sostitutivo in caso di inerzia del privato

qualora il reintegro non sia possibile il responsabile è tenuto a corrispondere allo Stato una somma pari al valore della cosa perduta o alla diminuzione di valore subita dalla cosa. <sup>[L]</sup><sub>[SEP]</sub>

Art.169 del Codice

L'esecuzione di qualunque intervento su beni culturali in assenza di autorizzazione del Ministero è perseguibile penalmente in varia misura

# Beni paesaggistici

222

Sono beni paesaggistici:

- a) Gli immobili e le aree di notevole interesse pubblico individuate con il procedimento di cui si dirà;
- b) Le aree di cui all' art. 142 (aree tutelate per Legge: ex Galasso);
- c) Gli ulteriori immobili ed aree sottoposte a tutela dai piani paesaggistici ma riconducibili ad una delle categorie ex art. 136

# Il Piano Paesaggistico (art. 135)

223

Lo Stato e le Regioni assicurano che il paesaggio sia adeguatamente conosciuto, salvaguardato, pianificato e gestito. A tal fine le Regioni, sottopongono a specifica normativa d'uso il territorio, approvando piani paesaggistici ovvero urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici. L'elaborazione avviene congiuntamente tra Ministero e Regioni

I Piani paesaggistici delimitano degli ambiti. Al fine di tutelare e migliorare la qualità del paesaggio, i piani definiscono per ciascun ambito specifiche prescrizioni e previsioni.

Distinzione tra "paesaggio" (forma del territorio nei valori identitari che esprime) e "Beni paesaggistici". Il Piano Paesaggistico ricomprende i BP, ma si estende a disciplinare il paesaggio in senso più ampio.

# La supremazia del Piano paesaggistico (art. 145)

224

Le previsioni dei piani paesaggistici di cui agli articoli 143 e 156 sono cogenti per gli strumenti urbanistici dei comuni, delle città metropolitane e delle province, sono immediatamente prevalenti sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici, stabiliscono norme di salvaguardia applicabili in attesa dell'adeguamento degli strumenti urbanistici e sono vincolanti anche per gli interventi settoriali. Prevalgono anche sulle norme dettate dagli Enti gestori delle aree naturali protette (cfr. Corte Cost. 180/2008)

Paradossalmente, però, la concezione <totalizzante> del paesaggio favorisce un rifluire della pianificazione paesaggistica entro la pianificazione urbanistica (BOSCOLO). Esempio dei crediti edilizi per recuperare edifici incongrui in Veneto. C'è un rapporto di "alterità", ma anche di "integrazione" (SCIULLO).

# Le aree tutelate per Legge

225

- a) Territori costieri per una profondità di 300 mt;
- b) Territori contermini ai laghi per 300 mt;
- c) Fiumi, torrenti, corsi d'acqua iscritti nell' elenco delle acque e relative sponde o piedi degli argini per una fascia di 150 metri ciascuna;
- d) Montagne oltre 1600 mt per le Alpi e 1200 per Appennini e isole;
- e) Ghiacciai;
- f) Parchi e riserve naturali e territori di protezione esterna dei parchi;
- g) Territori coperti da foreste e da boschi anche se percorsi o danneggiato dal fuoco e quelli sottoposti a vincolo di rimboschimento;
- h) Aree assegnate alle università agrarie e zone gravate da usi civici;
- i) Zone umide
- l) Vulcani
- m) Zone di interesse archeologico;

# Le esclusioni

226

La tutela non si applica:

- a) Alle aree che al 06 settembre 1985 erano delimitate come zone A e B
- b) Erano delimitate come zone diverse ma solo per le parti ricomprese in Piani Pluriennali di Attuazione ed a condizione che le previsioni siano state concretamente realizzate;
- c) Nei Comuni sprovvisti di strumenti urbanistici come il PPA, alle aree che ricadevano nei centri edificati perimetrati ai sensi dell' art. 18 L. 865/1971.

# L' autorizzazione paesaggistica (art. 146)

227

Art. 146 – I proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili tutelati, non possono distruggerli o introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione.

Gli stessi hanno l'obbligo di sottoporre alla Regione o all'Ente locale al quale la Regione ha delegato le funzioni, i progetti delle opere che intendano intraprendere, corredati della documentazione prevista ed astenersi dall'avviare i lavori fino a quando non abbiano ottenuta l'autorizzazione.

# Segue AP

228

L' autorizzazione paesaggistica costituisce atto **AUTONOMO e PRESUPPOSTO** rispetto al titolo edilizio.

Salvo i casi di cui all' art. 167, comma 4 e 5, **NON può essere rilasciata in sanatoria** (costituzionale??).

E' rilasciata per un periodo di 5 anni, dopo di che deve essere rinnovata.

C'è anche un autorizzazione paesaggistica semplificata.

Il Decreto del Presidente della Repubblica 13 febbraio 2017, n. 31 è il Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata

# La Relazione paesaggistica

229

## Caratteristiche:

- A) Analisi accurata dei luoghi e delle “relazioni”;
- B) Interdisciplinarietà delle analisi (anche significati culturali, storici, etc..);
- C) Valutazione delle possibili modificazioni e alterazioni;
- D) Autonomia di indagine;
- E) Ricerca della “qualità” dell’ intervento;

# Segue Relazione

230

- ▶ Stato attuale del bene paesaggistico e livello di tutela (rappresentazione fotografica ampia)
- ▶ Elementi di valore paesaggistico e culturali presenti
- ▶ Impatto sul paesaggio da parte delle trasformazioni proposte (stato di progetto)
- ▶ Elementi di mitigazione ritenuti necessari

# Interventi non soggetti

231

## Art.149 del Codice

interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico e restauro conservativo, a condizione che non alterino lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici;

interventi inerenti l'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale che non comportino alterazione permanente dello stato dei luoghi con costruzioni edilizie ed altre opere civili, e sempre che si tratti di attività ed opere che non alterino l'assetto idrogeologico del territorio;

taglio colturale, forestazione, riforestazione, opere di bonifica, antincendio e di conservazione da eseguirsi nei boschi e nelle foreste tutelati dall'art.142 del codice

# Le sanzioni

232

- ▶ Art. 167– In caso di violazione degli obblighi di cui alla Parte Terza, il trasgressore è sempre tenuto alla **remissione in ripristino** a sue spese.
- ▶ In caso di inottemperanza, l'autorità amministrativa preposta alla tutela paesaggistica, in via sostitutiva provvede d'ufficio a mezzo del Prefetto.
- ▶ In caso di inerzia dell'autorità amministrativa, in via sostitutiva provvede il Direttore regionale.

L'autorità amministrativa competente accerta **la compatibilità** per:

i lavori realizzati in assenza o difformità di autorizzazione che non abbiano determinato la creazione di superfici utili o volumi ovvero incremento di quelli realizzati legittimamente L'impiego di materiali in difformità dell'autorizzazione;

I lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria ai sensi del DPR n. 380 del 2001 (T.U. dell'edilizia)

# Segue 167

233

- ▶ Il soggetto ha l'obbligo di presentare all'autorità preposta alla gestione del vincolo domanda finalizzata all'accertamento della compatibilità paesaggistica.
- ▶ La stessa è subordinata all'acquisizione del parere della Soprintendenza (parere vincolante).
- ▶ In caso di valutazione favorevole, il trasgressore è tenuto al pagamento di **una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato ed il profitto conseguito** (previa perizia di stima) (spesso si è fatto riferimento al criterio presuntivo di cui all' art. 3 del decreto interm. 26/09/1997: 3% del valore d'estimo dell' U.I.)

# Sanzioni penali

234

- ▶ L'art. 181- Chiunque senza la prescritta autorizzazione o in difformità da essa esegue lavori di qualunque genere su beni paesaggistici è punito con la pena di cui all' art. 44, lettera c) del DPR 380/2001.
- ▶ 1 bis La pena è da uno a 4 anni se i lavori:
  - ricadano su immobili o aree dichiarate di notevole interesse pubblico prima della realizzazione delle opere;
  - ricadano su immobili o aree tutelati per legge ed abbiano comportato un aumento del manufatto superiore del 30% del volume della costruzione originaria o, in alternativa, un ampliamento del volume superiore a 750 mc, ovvero una nuova costruzione con una volumetria superiore a 1000 mc.

**La rimessione in pristino (solo per il comma 1) prima che venga disposta di autorità, estingue il reato (ravvedimento operoso)**