La semplificazione, l'accelerazione e la trasparenza dell'attività amministrativa

Sommario : 1. Giurisprudenza (p.1) 2. La semplificazione e accelerazione nel procedimento amministrativo (p.6). 3. Better regulation (p.26). 4. Il regolamento nel dibattito pubblico (p.38). 4. Il principio di trasparenza (p. 47) 5. Il fabbisogno di personale (p.164). 6. Conferenza dei servizi (p. 170). 7. La conferenza dei servizi riformata dall'ultima legge di semplificazione (p.200). 8. La nuova conferenza dei servizi (p.210). 9. Il Rappresentante unico statale (p.225). 10. Il RUP e il Direttore dei lavori negli appalti (p.241).

GIURISPRUDENZA

Cons. Stato Sez. VI Sent., 24/11/2014, n. 5777
Fr. del Pr. c. Comune di Pescasseroli

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA Amministrazione pubblica, in genere

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA - Semplificazione amministrativa

Lo sportello unico realizzi il principio della semplificazione amministrativa in relazione allo svolgimento delle attività di impresa inserendo in un unico centro organizzativo tutte le vicende riguardanti l'attività produttiva. Dalle competenze dello sportello unico esula tutto ciò che attiene, tra l'altro, alla regolarità edilizia dei beni strumentali all'attività di impresa (art. 38, decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112) (Riforma della sentenza del Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 28 marzo 2013, n. 276).

FONTI
Massima redazionale, 2014

Cons. Stato Sez. V, 27-07-2017, n. 3698
Teknoservice s.r.l. c. Cento 18 Ambiente s.r.l. e altri

OPERE PUBBLICHE
Procedura di approvazione

Appalto pubblico e privato - Gara d'appalto

Ai sensi dell'art. 18, comma 2, della Legge n. 241 del 1990, le Amministrazioni che bandiscono una gara pubblica devono acquisire d'ufficio i documenti necessari all'istruttoria già in loro possesso, in coerenza con le esigenze di semplificazione amministrativa ed in ossequio al divieto di aggravamento del procedimento (Parziale riforma della sentenza breve del T.a.r. Puglia, Lecce, sez. II, n. 951/2016).

FONTI
Massima redazionale, 2017
Corte cost., 11/11/2016, n. 239

Cons. Stato Sez. IV, 06-05-2013, n. 2443

B. S.p.A. c. Comune di Cingoli (Mc) e altri

ATTI AMMINISTRATIVI

Legittimità o illegittimità dell'atto

La Conferenza di servizi - sia c.d. "istruttoria", sia "decisoria" e, quindi, anche quella propria del modello procedimentale condiviso dagli artt. 4 e 5 del D.P.R. n. 447 del 1998 - non costituisce un organo collegiale , ma soltanto un modulo procedimentale (organizzativo) suscettibile di produrre un'accelerazione dei tempi procedurali e, nel contempo, un esame congiunto degli interessi pubblici coinvolti. Tale istituto di carattere generale, disciplinato dalla L. n. 241 del 1990 e attuato poi con specifiche variante nelle diverse discipline di settore, è precipuamente finalizzato all'assunzione concordata di determinazioni sostitutive, a tutti gli effetti, di concerti, intese, assensi, pareri, nulla osta, richiesti dal procedimento pluristrutturale specificatamente conformato dalla legge ed è uno strumento che non comporta pertanto modificazione o sottrazione delle competenze, né modificazione della natura o tipo d'espressione volitiva o di scienza che le amministrazioni sono tenute ad esprimere secondo la disciplina di più "procedimenti amministrativi connessi" o di un solo procedimento nel quale siano coinvolti "vari interessi pubblici". Discende quindi da ciò che in sede di conferenza di servizi è ben ammissibile esprimere valutazioni anche attraverso la trasmissione di note scritte, considerato, da un lato, che scopo della conferenza è - come detto innanzi - la massima semplificazione procedimentale e l'assenza di formalismo e che, pertanto, le forme della conferenza stessa vanno osservate nei limiti in cui siano strumentali all'obiettivo perseguito, non potendo far discendere automaticamente dalla inosservanza delle forme l'illegittimità dell'operato della conferenza se lo scopo è comunque raggiunto, e, dall'altro, che la conferenza di servizi non è - per l'appunto - un organo collegiale, a presenza necessaria, ma - come dianzi evidenziato - un modello di semplificazione amministrativa.

FONTI

COMMERCIO DI VENDITA AL PUBBLICO

Orario di vendita e turni di apertura

REGIONE

Puglia

COMMERCIO - Norme della Regione Puglia - Apertura, trasferimento e ampliamento di strutture di vendita e centri commerciali - Assoggettamento ad autorizzazioni comunali - Ricorso del governo - Contrasto con i principi di semplificazione e liberalizzazione posti dalla normativa statale - Violazione della competenza legislativa esclusiva dello stato nelle materie "tutela della concorrenza" e "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (LEA) - Illegittimità costituzionale

E' dichiarato costituzionalmente illegittimo - per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e) e m), Cost. - l'art. 17, commi 3 e 4, della legge della Regione Puglia 16 aprile 2015, n. 24 (Codice del Commercio), che prevede apposite autorizzazioni comunali per l'esercizio delle attività commerciali, rimettendo agli stessi Comuni l'individuazione di procedure e presupposti specifici. La disposizione impugnata dal Governo viola la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza e di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (LEA), giacché contraddice esplicitamente i principi di semplificazione e liberalizzazione stabiliti dall'art. 19 della legge n. 241 del 1990 - secondo cui la SCIA è sostitutiva di ogni atto di autorizzazione o licenza anche per l'esercizio di un'attività commerciale - e dagli artt. 31 e 34 del D.L. n. 201 del 2011, che hanno affermato la libertà di apertura, accesso, organizzazione e svolgimento delle attività economiche, abolendo le autorizzazioni espresse e i controlli ex ante (con la sola esclusione degli atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, posti a tutela di specifici interessi pubblici costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento dell'UE, secondo quanto stabilito dalla Direttiva n. 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, e comunque nel rispetto del principio di proporzionalità). Le disposizioni in materia di semplificazione di cui agli artt. 19 della legge n. 241 del 1990, 31 e 34 del d.l. n. 201 del 2011, in quanto riferite ad attività economiche, costituiscono principi di liberalizzazione e rientrano anzitutto nella competenza in tema di tutela della concorrenza; d'altra parte, in generale, i principi di semplificazione amministrativa sono espressione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali; pertanto, la violazione delle citate disposizioni da parte del legislatore regionale determina un vulnus all'art. 117, secondo comma, lett. e) e m), Cost.

FONTI

Sito uff. Corte cost., 2016

Cons. Stato Sez. V, 02/07/2001, n. 3602
Soc. Co.mo.fer. c. Com. Longobucco e altri

ATTI AMMINISTRATIVI Atti amministrativi di accertamento o di certificazione

Il processo di semplificazione della documentazione amministrativa nei rapporti tra privati e p.a., introdotto dalla l. 15 maggio 1997 n. 127, attuato dal d.P.R. 20 ottobre 1998 n. 403 e portato a compimento con il d.lg. 28 dicembre 2000 n. 445, riguarda

essenzialmente i seguenti aspetti: a) di regola, spetta alla p.a. il compito d'accertare d'ufficio i fatti rilevanti nell'istruttoria amministrativa; b) il privato può adempiere ai residui oneri formali imposti dalla p.a., mediante lo strumento della dichiarazione temporaneamente sostitutiva, in un ambito oggettivo sempre più esteso; c) l'attitudine semplificatrice della dichiarazione sostitutiva si manifesta con pienezza, quando la sua efficacia è subordinata a regole formali di facile applicazione, senza necessità di procedere all'autentica della sottoscrizione; d) il quadro degli strumenti di controllo sulla veridicità delle dichiarazioni, insieme all'apparato delle sanzioni, viene razionalizzato e potenziato; e) le ipotesi dubbie o **Corte cost. Sent., 26/03/2010, n. 121**

EDILIZIA E URBANISTICA Questioni di legittimità costituzionale

Edilizia e urbanistica - Edilizia residenziale pubblica - Promozione, da parte del Ministro delle infrastrutture e di quello dei rapporti con le Regioni, in sede di Conferenza unificata, della conclusione di accordi con Regioni ed enti locali aventi ad oggetto la semplificazione delle procedure di alienazione degli immobili di proprietà degli IACP - Ricorso delle Regioni Piemonte, Emilia-Romagna, Veneto, Liguria, Toscana, Puglia, Campania, Sicilia e Valle d'Aosta - Asserita violazione delle competenze legislative e amministrative regionali in materia di edilizia residenziale pubblica, con compressione dell'autonomia finanziaria delle Regioni - Esclusione - Non fondatezza delle questioni

Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 1, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. Se è pur vero che la gestione del patrimonio immobiliare degli Iacp rientra nella competenza residuale delle Regioni, occorre rilevare che la norma censurata non attribuisce allo Stato alcuna possibilità di ingerenza in tale gestione. La semplice attività promozionale, di mero stimolo alla conclusione di accordi, liberamente stipulabili dalle Regioni, rimane esterna all'attività gestionale vera e propria, e lascia intatte le competenze regionali in merito.

FONTI

Sito uff. Corte cost., 2011

T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 25-07-2013, n. 1201
Ca.Eo. S.r.l. c. Regione Puglia

ATTI AMMINISTRATIVI Atti amministrativi in genere

ATTI AMMINISTRATIVI - Legge 7 agosto 1990, n. 241 - Conferenza di servizi

In un procedimento amministrativo, la conferenza di servizi è la sede per l'acquisizione, su un dato provvedimento da adottare, dell'avviso di tutte le amministrazioni preposte alla cura degli interessi coinvolti in quest'ultimo, per cui lo scopo di essa è la massima semplificazione procedimentale, nonché l'assenza di

formalismo o, meglio, la necessità di osservare determinare forme solo se esse siano realmente strumentali al risultato da raggiungere, con conseguente impossibilità di far discendere automaticamente dall'inosservanza di tali forme l'illegittimità dell'operato della conferenza, se l'obiettivo è comunque raggiunto (legge n. 241/1990).

FONTI

Massima redazionale, 2013

Corte cost., 25-11-2016, n. 251
Regione Veneto c. Presidente del Consiglio dei Ministri

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA Amministrazione pubblica, in genere

Sono costituzionalmente illegittime quelle disposizioni della L. 7 agosto 2015, n. 124 che conferiscono deleghe al Governo per la riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni in violazione del principio di leale collaborazione. In base a tale principio, infatti, non può ritenersi sufficiente un coinvolgimento delle regioni nell'attuazione della delega mediante un semplice parere della Conferenza unificata. Laddove il legislatore delegato si accinga a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse, sorge piuttosto la necessità del ricorso all'intesa in sede di Conferenza Stato-regioni o di Conferenza unificata. In tali circostanze si rendono necessari meccanismi per il superamento delle divergenze, basati sulla reiterazione delle trattative o su specifici strumenti di mediazione, senza peraltro giungere alla conclusione che lo Stato, nel caso in cui le strategie concertative abbiano esito negativo, abdichi al suo ruolo di decisore.

FONTI

Urbanistica e appalti, 2017, 3, 366 nota di Monaco

Corte cost., 10/10/2014, n. 232
INQUINAMENTO
MINIERE E CAVE

La disciplina delle procedure per lo smaltimento delle rocce e terre da scavo attiene al trattamento dei residui di produzione ed è perciò da ascriversi alla "tutela dell'ambiente", affidata in via esclusiva alle competenze dello Stato, affinché siano garantiti livelli di tutela uniformi su tutto il territorio nazionale. Inoltre, non residua alcuna competenza - neppure di carattere suppletivo e cedevole - in capo alle Regioni e alle Province autonome in vista della semplificazione delle procedure da applicarsi ai cantieri di piccole dimensioni. A questo proposito l'art. 266, c. 7, del codice dell'ambiente (D.Lgs. n. 152 del 200) riserva allo Stato, e per esso ad un apposito decreto ministeriale, la competenza a dettare "la disciplina per la semplificazione amministrativa delle procedure relative ai materiali, ivi incluse le terre e le rocce da scavo, provenienti da cantieri di piccole dimensioni", senza lasciare alcuno spazio a

competenze delle Regioni e delle Province autonome. A sua volta l'art. 184-bis del codice dell'ambiente, relativo al trattamento dei sottoprodotti - a cui il sopravvenuto art. 41-bis del D.L. n. 69 del 2013 riconduce il regime delle terre e delle rocce da scavo - prevede che sia un decreto ministeriale ad adottare i criteri qualitativi o quantitativi da soddisfare affinché specifiche tipologie di sostanze o oggetti siano considerati sottoprodotti e non rifiuti. La materia è dunque interamente attratta nell'ambito delle competenze dello Stato. Di conseguenza, nel caso di specie, l'impugnata delibera della Giunta regionale del Veneto, che detta una disciplina semplificata da applicarsi allo smaltimento dei residui di produzione dei cantieri di piccole dimensioni, anche se valevole in via suppletiva in attesa dell'intervento statale, ha invaso le competenze dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e deve essere annullata.

FONTI

Sito Diritto dei Servizi Pubblici.it, 2014

2. L'INDIVIDUAZIONE, LA SEMPLIFICAZIONE E L'ACCELERAZIONE DEI PROCEDIMENTI - IL COMMENTO

di Edoardo Giardino

D.Lgs. 30-06-2016, n. 126, epigrafe

L. 07-08-2015, n. 124, Art. 4.

L. 07-08-2015, n. 124, Art. 5.

D.Lgs. 25-11-2016, n. 222, epigrafe

D.P.R. 12-09-2016, n. 194, epigrafe

Con i decreti legislativi n. 126 e n. 222 del 2016 nonché con il d.P.R. n. 194 del 2016, si è inteso semplificare l'azione amministrativa, in particolare, conferendo alla norma il compito di individuare, concentrare e chiarire il regime amministrativo applicabile, così da superare le non poche aporie interpretative e criticità applicative che hanno, sovente, impedito agli operatori economici di comprendere le modalità procedimentali e i relativi adempimenti. Si è voluto, così, innovare senza aggravare la funzione, in particolare, dotando il procedimento di norme elencative e di moduli di semplificazione atti a concentrare ed accelerare l'azione amministrativa.

Sommario: La legge delega tra dequotazione della discrezionalità amministrativa e centralità della norma - L'attuazione della delega in materia di Scia: informazione, concentrazione ed esaustività documentale - L'individuazione dei procedimenti e la definizione dei regimi amministrativi applicabili - La semplificazione amministrativa e l'accelerazione dei procedimenti attraverso il fast track procedure - Semplificare per riformare

La legge delega tra dequotazione della discrezionalità amministrativa e centralità della norma

Nel novero delle deleghe che la L.n. 124 del 2015 ha conferito al Governo per la riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche assumono indubbio rilievo quelle relative alla individuazione dei procedimenti, cui applicare misure di semplificazione ed accelerazione amministrativa.

In particolare, il legislatore, all'art. 5, ha delegato il Governo all'adozione di uno o più decreti legislativi per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di Scia, silenzio assenso, autorizzazione espressa e comunicazione preventiva, sulla base dei principi di ragionevolezza e proporzionalità nonché di quelli desumibili dagli artt. 19 e 20 della L. n. 241 del 1990 e dai principi del diritto dell'UE relativi all'accesso alle attività di servizi.

La norma, altresì, delega ad introdurre la disciplina generale delle attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa (compresa la definizione delle modalità di presentazione e dei contenuti standard degli atti interessati e di svolgimento della procedura, anche telematica, unitamente agli strumenti per documentare o attestare gli effetti prodotti dai predetti atti) e la previsione dell'obbligo di comunicare ai soggetti interessati, all'atto della presentazione di un'istanza, i termini entro i quali l'amministrazione è tenuta a rispondere ovvero entro i quali il silenzio equivale ad accoglimento della domanda(1).

Sempre al fine di semplificare ed accelerare l'esercizio della funzione amministrativa, con l'art. 4 della suddetta legge, il Governo è stato, altresì, delegato ad adottare un regolamento onde individuare tipi di procedimenti amministrativi relativi a rilevanti insediamenti produttivi, ad opere di interesse generale o all'avvio di attività imprenditoriali suscettibili di avere positivi effetti sull'economia o sull'occupazione, per i quali prevedere termini ridotti in misura non superiore al cinquanta per cento rispetto a quelli di cui all'art. 2 della L. n. 241/1990. E per assicurare effettività alle predette previsioni, la delega inoltre contempla la previsione di poteri sostitutivi e di idonee forme di raccordo. Esigendo una individuazione dei procedimenti "precisa"(2) e "in concreto"(3), il legislatore, emulando la disciplina originaria della L.n. 241 del 1990(4), ha inteso facilitare l'interpretazione e l'attuazione della norma, attraverso previsioni che individuino, chiaramente, le tipologie procedimentali cui applicare i relativi regimi amministrativi.

Il legislatore, così, vuole semplificare attraverso previsioni che individuino, concentrino e chiariscano il regime amministrativo applicabile, al fine di superare i non pochi problemi che segnano la disciplina delle attività economiche private, ormai da tempo vessate: a) dalla difficoltà degli operatori economici di comprendere le modalità di svolgimento procedimentale e i

relativi adempimenti; b) dall'assenza di un quadro di regole chiare, tassative e comprensibili; c) dall'esistenza di regimi regionali differenziati.

Ad individuare, quindi, non sarà la discrezionalità dell'amministrazione, bensì direttamente la norma, in tal modo scongiurando aporie interpretative, disparità di trattamento ed inevitabili contenziosi processuali. Si assisterà così ad una individuazione 'attiva' e non meramente ricognitiva, in tal guisa adeguando la disciplina esistente agli standard europei sull'accesso alle attività di servizi nonché ai vincoli di ragionevolezza e proporzionalità(5).

Si incide, così, non solo sulla disciplina dell'istituto quanto, altresì, sul suo ambito di applicazione, chiarendone il perimetro attraverso precise elencazioni tipologiche, che semplificano la previsione normativa e la sua lettura(6). Alla "libertà dell'amministrazione" si antepone, quindi, la "libertà dall'amministrazione", che determina la rimozione di quei vincoli che complicano l'esercizio libero di attività private(7) nonché la dequotazione del potere discrezionale, in ragione di un ruolo più ordinativo della norma, nella convinzione che la regolazione minuziosa dell'azione amministrativa scongiuri (o quanto meno riduca) il rischio di sviamento(8). E tutto questo avviene attraverso una disciplina segnata da regole che, in particolare, riducono oneri e adempimenti non necessari(9).

Si desidera, quindi, rendere più agevole l'osservanza della norma e più celere la funzione, ove infatti il fattore tempo si rivela valore vieppiù insopprimibile, in quanto "componente determinante per la vita e l'attività dei cittadini e delle imprese, per i quali l'incertezza o la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata"(10). Del resto, la valorizzazione del fattore tempo costituisce, e non da oggi, una delle principali finalità perseguite dal legislatore per"liberare il privato dai condizionamenti amministrativi"(11), provando così ad invertire la rotta di un ciclo economico negativo attraverso la rimozione di gravosi quanto inutili vincoli amministrativi(12).

Tali misure di semplificazione e liberalizzazione, in realtà, altro non sono che la soluzione praticabile rispetto agli indisponibili interventi macroeconomici, nella consapevolezza che l'alleggerimento procedimentale favorisca ed attragga investimenti(13). In tal modo le riforme amministrative, in quanto volte ad assicurare regole capaci di incidere, seppur indirettamente, sui processi produttivi, si rivelano utili strumenti di politica economica, non potendosi favorire sviluppo se non operando alla stregua di regole che, agevolando (quindi semplificando) l'iniziativa d'impresa, sostengono la crescita economica e sociale(14). In altri termini, è ormai indubbio che i processi di semplificazione costituiscano una "necessità reale onde consentire alle nostre imprese di poter operare sul mercato interno, e soprattutto su quello globale, senza oneri e svantaggi competitivi al confronto degli operatori di altri paesi"(15). Del resto, l'amministrazione ordinariamente intrattiene con il mercato "rapporti di vario ordine e di variata e multiforme declinazione: ora virtuosi ora conflittuali"(16), donde la difficoltà di relegare la semplificazione amministrativa al solo

perimetro del diritto amministrativo, la stessa infatti inerendo, altresì, ad esigenze di concorrenza e, in specie, di accesso al mercato(17).

E tutto questo avviene attraverso un "amministrare per legge"(18), laddove il Parlamento, ampliando la sua sfera di intervento, agisce su un diritto amministrativo sofferente, affievolito ed indebolito nel suo essere "sostanzialmente discrezionalità" quindi "adattamento continuo dell'amministrare alla realtà, non meccanica applicazione di norme"(19). Un diritto amministrativo, quindi, funzionalizzato ma nel segno di norme sempre più elencative e di dettaglio, che rendono la decisione momento non già di scelta ma di mera attuazione.

L'attuazione della delega in materia di Scia: informazione, concentrazione ed esaustività documentale

Con il D.Lgs. 30 giugno 2016, n. 126, in attuazione dell'art. 5 della L. n. 124 del 2015, lungi dall'individuare i procedimenti, il Governo si limita a disciplinare, in generale, i procedimenti relativi alle attività private soggette non già ad autorizzazione espressa bensì a Scia, ivi incluse le modalità di presentazione delle segnalazioni o istanze alle pubbliche amministrazioni(20). Si tratta di una scelta normativa che si rivela di certo utile, se si considera che la stessa è applicabile ai procedimenti già soggetti a Scia, a prescindere dalla catalogazione dei regimi dei singoli procedimenti. Il D.Lgs. n. 126 del 2016 si rivela, altresì, utile perché ovvia ad un problema applicativo, laddove inverte cronologicamente l'ordine logico previsto invece dall'art. 5 della legge delega. Quest'ultima disposizione, infatti, antepone l'"individuazione" dei procedimenti alla introduzione della disciplina generale delle attività non assoggettate ad autorizzazioni preventive espresse(21). È lo stesso art. 1, quindi, che rimanda a successivi decreti legislativi il compito di individuare le attività oggetto di procedimento di mera comunicazione, Scia, silenzio assenso e quelle per le quali è necessario il titolo espresso(22).

Del tutto pleonastica, pertanto, appare la clausola di ordine residuale contemplata dall'ultima parte del comma 2 dell'art. 1 del citato decreto, per il quale le attività private, non espressamente individuate dai decreti attuativi della delega o che non siano specificamente disciplinate dalla normativa europea, statale o regionale, sono da considerarsi, a tutti gli effetti, libere. Trattasi di previsione, sebbene di scarso rilievo pratico, tuttavia opportuna per il suo risvolto simbolico, in quanto volta non solo a rimarcare la regola della libertà(23) rispetto all'autorità, quanto ad evidenziare lo scopo perseguito, ossia "garantire certezza sui regimi applicabili alle attività private e (...) salvaguardare la libertà di iniziativa economica(24).

Il Governo ha inoltre inteso valorizzare il momento informativo, riflesso del principio di trasparenza, funzionale a una compiuta tutela della libertà di iniziativa privata e di un'azione amministrativa autenticamente imparziale.

Più segnatamente, l'art. 2 (rubricato infatti "Informazione di cittadini e imprese") prevede che le amministrazioni statali, con decreto del Ministro competente(25), adottino "moduli unificati e standardizzati", con i quali definire "esaustivamente, per tipologia di procedimento, i contenuti tipici e la relativa organizzazione dei dati delle istanze, delle segnalazioni e delle comunicazioni di cui ai decreti da adottare ai sensi dell'art. 5 della L. n. 124 del 2015, nonché della documentazione da allegare"(26). Tali moduli devono essere pubblicati dall'amministrazione sul relativo sito istituzionale. E sempre sul relativo sito istituzionale le amministrazioni dovranno pubblicare - in relazione alla tipologia del procedimento, nei casi in cui la documentazione deve essere individuata dall'amministrazione procedente ovvero sino all'adozione dei suddetti moduli - l'elenco degli stati, qualità personali e fatti oggetto di dichiarazione sostitutiva, di certificazione o di atto di notorietà nonché delle attestazioni e asseverazioni dei tecnici abilitati o delle dichiarazioni di conformità dell'agenzia delle imprese, necessari a corredo della segnalazione, ivi altresì indicando le norme che ne prevedono la produzione(27) (art. 2, comma 2).

Per favorire un'applicazione uniforme della disciplina, inoltre, è previsto che per la presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni alle amministrazioni regionali o locali, in relazione all'edilizia e all'avvio di attività produttive, i suddetti moduli dovranno essere adottati, nel segno del principio di leale collaborazione, in sede di Conferenza unificata, con accordi che tengano conto delle specifiche normative regionali(28).

In questo modo, si concilia l'esigenza di flessibilità, rivendicata da alcune realtà territoriali, con il bisogno di certezza e di semplificazione amministrativa, che potrebbe essere vanificato da una difforme e variegata disciplina regionale.

Ebbene, si può ritenere, sin d'ora, che quanto sin qui rievocato faciliti ed agevoli l'interazione del cittadino con l'amministrazione, trattandosi di previsioni rispettose dei principi di concentrazione e di esaustività documentale, la cui osservanza scongiura, in particolare, il rinvio a ulteriori moduli di altre amministrazioni o la richiesta istruttoria di ulteriori documenti.

Infatti, è sempre la norma (art. 2, comma 4) a disciplinare l'ambito di acquisizione istruttoria, disponendo che l'amministrazione potrà richiedere all'interessato informazioni o documenti solo in caso di mancata corrispondenza del contenuto dell'istanza, segnalazione o comunicazione e dei relativi allegati a quanto previsto dal cit. comma 2. E vieppiù eloquente, a tal fine, si rivela la norma laddove chiarisce che "È vietata ogni richiesta di informazioni o documenti ulteriori rispetto a quelli indicati ai sensi del comma

2, nonché di documenti in possesso di una pubblica amministrazione" (art. 2, comma 4).

A riprova di un'autentica volontà semplificatrice muove, altresì, la previsione sanzionatoria di cui al comma 5 del cit. art. 2, per il quale infatti, ferme restando le sanzioni di cui al D.Lgs. n. 33 del 2013, proprio la mancata pubblicazione delle suddette informazioni e dei suddetti documenti nonché la richiesta di integrazioni documentali non corrispondenti alle informazioni e ai documenti pubblicati costituiscono un illecito disciplinare punibile con la sospensione dal servizio e la privazione della retribuzione da tre giorni a sei mesi.

In senso analogo va letto il duplice potere sostitutivo disposto dal comma 3 dell'art. 2, per il quale, infatti, qualora gli enti locali non provvedano alla pubblicazione dei suddetti documenti, le regioni, anche su segnalazione di un cittadino, assegneranno agli enti interessati un congruo termine per provvedere, decorso inutilmente il quale le stesse adotteranno le relative misure sostitutive, pur nel rispetto della disciplina, statale e regionale, al riguardo, applicabile. Laddove, invece, inadempiente fosse la regione, si provvederà in via sostitutiva ai sensi dell'art. 8 della L. n. 131 del 2003(29).

In questo modo, informazione, concentrazione ed esaustività documentale, se, da un lato, caratterizzano il processo di semplificazione amministrativa, dall'altro, costituiscono fattori di garanzia e di tutela delle pretese partecipative vantate dal privato, preservando quest'ultimo da inutili e pretestuosi aggravi procedimentali, che si traducono sovente proprio in indebite richieste di integrazioni istruttorie.

Alla concentrazione dei regimi amministrativi, invero, la riforma riserva una particolare disposizione, in specie, inserendo, nel corpo della L. n. 241 del 1990 l'art. 19 bis (introdotto dall'art. 3, comma 1, lett. c, L. n. 126/2016), con il quale non solo si semplifica l'esercizio della funzione, quanto si arricchisce il novero tipologico della Scia. Si prevede, infatti, accanto alla Scia "pura"(tale perché presuppone solo il possesso di requisiti di fatto predeterminati e non richiede altre Scia né altri atti di assenso che ne possano condizionare l'efficacia) l'ipotesi di una Scia unica nell'ambito di una fattispecie che concentra più regimi amministrativi.

In particolare, la norma - dopo aver previsto che sul sito di ogni amministrazione sia indicato lo sportello unico, di regola telematico, cui presentare la Scia, anche nel caso di procedimenti connessi di competenza di altre amministrazioni o di differenti amministrazioni interne all'amministrazione ricevente - dispone che se per lo svolgimento di un'attività soggetta a Scia saranno necessarie altre Scia, comunicazioni, attestazioni,

asseverazioni e notifiche, l'interessato presenterà un'unica Scia al suddetto sportello unico.

In tal caso, l'amministrazione ricevente dovrà immediatamente trasmettere la Scia alle altre amministrazioni interessate al fine di consentire, per quanto di loro competenza, sia il controllo sulla sussistenza dei requisiti e dei presupposti per lo svolgimento dell'attività sia la presentazione, almeno cinque giorni prima della scadenza dei termini di cui all'art. 19, commi 3 e 6 bis, di eventuali proposte motivate per l'adozione dei provvedimenti ivi previsti.

Inoltre, qualora l'attività oggetto di Scia risulti condizionata all'acquisizione di atti di assenso comunque denominati o pareri di altri uffici e amministrazioni, ovvero all'esecuzione di verifiche preventive, l'interessato dovrà presentare al suddetto sportello unico la relativa istanza, a seguito della quale verrà rilasciata ricevuta ai sensi dell'art. 18 bis. Il termine per la convocazione della conferenza di servizi decorrerà dalla data di presentazione dell'istanza e l'inizio dell'attività resterà subordinato al rilascio degli atti medesimi, di cui lo sportello darà comunicazione all'interessato.

In tal caso, però, prevedendosi un modulo che non legittima l'immediato inizio dell'attività bensì attiva un meccanismo finalizzato all'ottenimento di altri atti amministrativi, rinviando quindi l'inizio dell'attività al momento dell'acquisizione dei medesimi, si assiste, più che a una Scia condizionata, a una Ria (Richiesta di inizio di attività), che invero potrebbe costituire un modello complementare rispetto a quello della Scia pura(30).

Il D.Lgs. n. 126 del 2016 innova ulteriormente il portato della L. n. 241 del 1990, ivi inserendo altresì l'art. 18 bis (introdotto dall'art. 3, comma 1, lett. a), il quale disciplina la presentazione delle istanze, delle segnalazioni e delle comunicazioni.

A ben vedere, la norma- al fine di assicurare una piena informazione al privato e, del pari, di responsabilizzare oltremodo l'amministrazione - dispone che dell'avvenuta presentazione è immediatamente rilasciata, anche in via telematica, una ricevuta, la quale non solo attesterà l'avvenuta presentazione quanto indicherà i termini entro i quali l'amministrazione sarà tenuta, ove previsto, a rispondere ovvero entro i quali il silenzio della stessa equivarrà ad accoglimento. Trattasi di previsione che rimarca quanto già previsto dall'art. 8, in specie, dal comma 2, lett. c bis) e c ter), della citata L. n. 241, in tal guisa assicurando al privato una compiuta informazione circa i termini di conclusione del procedimento. Infatti, si prevede che qualora contenga proprio le informazioni di cui all'art. 8(31), la ricevuta costituirà comunicazione di avvio del procedimento.

La data di protocollazione, inoltre, non potrà essere diversa da quella di effettiva presentazione e, in caso di mancato rilascio della ricevuta, ferma restando la responsabilità del soggetto competente, le istanze, le segnalazioni o le comunicazioni presentate sortiranno ugualmente effetti.

Tutto questo tutela la posizione del privato, sul quale l'ordinamento non intende, infatti, riversare le inefficienze dell'amministrazione.

La norma, inoltre, disciplina l'ipotesi dell'incompetenza dell'ufficio adito, disponendo che in tal caso i termini previsti dagli artt. 19, comma 3 (60 giorni) e 20 comma 1 (30 giorni) decorrono dal ricevimento dell'istanza, della segnalazione o della comunicazione da parte dell'ufficio competente. La novella, a ben vedere, non richiama il comma 6 bis del cit. art. 19, relativo alla Scia edilizia, che riduce il termine a trenta giorni.

Non è superfluo, inoltre, precisare che l'art. 18 bis, a conferma della sua rilevanza, attiene - ai sensi del nuovo art. 29 comma 2 ter(32) della L. n. 241 - ai livelli essenziali delle prestazioni di cui agli art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

Il D.Lgs. n. 126, sempre all'art. 3, reca altresì una serie di modifiche alla disciplina della Scia, sia coordinando l'art. 19 della L. n. 241 con le novità introdotte dall'art. 19 bis, sia intervenendo sui poteri di sospensione dell'attività intrapresa.

In particolare, si innova l'art. 19, comma 2, estendendone l'applicazione anche ai casi di cui all'art. 19 bis: si prevede, quindi, che l'attività oggetto della segnalazione possa essere iniziata, anche nei casi di cui al suddetto art. 19 bis comma 2, dalla data di presentazione della segnalazione all'amministrazione competente(33).

Significative sono le modifiche relative al potere di sospensione esercitabile entro il termine di 60 giorni (30 giorni per la Scia edilizia). Al riguardo, da un lato, si sopprime la previsione relativa alla prima parte del comma 3 dell'art. 19 e, dall'altro, invece, si limita l'esercizio alla seconda parte della stessa norma, ossia laddove si dispone che con atto motivato, in presenza di attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale, l'amministrazione dispone la sospensione dell'attività intrapresa. Detto atto interromperà il termine di sessanta giorni (trenta per la Scia edilizia), che ricomincerà a decorrere dalla data in cui il privato comunicherà l'adozione delle suddette misure. In assenza di ulteriori provvedimenti, decorso lo stesso termine, cesseranno gli effetti della sospensione eventualmente adottata. La sospensione, così, non è più misura necessaria ai fini della conformazione del privato alle indicazioni dell'amministrazione, la stessa essendo invece esperibile solo laddove ricorrano attestazioni non veritiere o sussista un pericolo per la tutela dei suddetti interessi sensibili(34).

Non restano, altresì, immuni da modifiche gli artt. 20 (Silenzio assenso) e 21(Disposizioni sanzionatorie) della cit. L. n. 241 del 1990: nel primo caso, prevedendosi, al primo comma, che i termini ivi previsti decorrono dalla data di ricevimento della domanda del privato; nel secondo caso, disponendosi al comma 3 bis, che la decorrenza del suddetto termine previsto dal comma 3 dell'art. 19 e la formazione del silenzio assenso (di cui all'art. 20) non escludono

la responsabilità del dipendente che non abbia agito, tempestivamente, nel caso in cui la Scia o l'istanza del privato non sia conforme alle norme vigenti.

Infine, si esplicita un vincolo di conformazione normativa a carico delle regioni e degli enti locali, i quali infatti dovranno adeguarsi, entro il 1° gennaio 2017, a quanto disposto dagli artt. 18 bis, 19 e 19 bis. Una norma, questa, in linea con quanto previsto dall'art. 29 della L. n. 241, per il quale infatti le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla predetta legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, così come definite dai principi dettati dalla predetta legge.

L'individuazione dei procedimenti e la definizione dei regimi amministrativi applicabili

Sempre in attuazione della delega di cui al cit. art. 5 della L. n. 124 del 2015, con il D.Lgs. n. 222 del 2016, il Governo ha provveduto alla "precisa" individuazione delle attività oggetto di procedimento, anche telematico, di comunicazione, Scia, silenzio assenso nonché di quelle per le quali è necessario il titolo espresso.

Il decreto, a ben vedere, offre non solo un'attenta ricognizione delle attività private in materia di commercio, ambiente ed edilizia, quanto compie un'opera di semplificazione, che, da un lato, rivisita il rigore del regime giuridico, pur nel rispetto delle dovute esigenze di tutela e garanzia, dall'altro, dà seguito al vincolo della concentrazione previsto dal D.Lgs. n. 126 del 2016.

Particolare attenzione viene riservata alla materia edilizia, laddove - al fine di garantire omogeneità di regime giuridico in tutto il territorio nazionale - si demanda ad un decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti il compito di adottare un glossario unico recante l'elenco delle principali opere edilizie, con l'individuazione sia della categoria di intervento, a cui le stesse appartengono, sia del relativo regime giuridico a cui le stesse sono sottoposte, nel rispetto della "Tabella A", che forma parte integrante dello stesso decreto.

Più segnatamente, detta tabella - che potrà essere integrata e completata(35) - individua, per ciascuna delle attività elencate, il regime giuridico, l'eventuale concentrazione dei regimi e i relativi riferimenti normativi, ivi distinguendo l'attività commerciale (e assimilabili) (Sez. I), l'edilizia (Sez. II) e l'ambiente (III).

La disciplina dei rispettivi regimi giuridici è, quindi, coordinata con le disposizioni di cui agli artt. 14 ss., 19, 19 bis, 20, 21 e 21 bis della L. n. 241, ivi differenziandosi le attività che richiedono la comunicazione da quelle che, invece, postulano la Scia, il silenzio assenso ovvero l'autorizzazione espressa(36).

Nel tentativo, tuttavia, di non sacrificare oltremodo le esigenze derivanti dalle diversità territoriali, si riconosce alle amministrazioni, nell'ambito delle rispettive competenze e, quindi, in ragione delle loro specificità territoriali, la

possibilità di ricondurre a quelle corrispondenti le attività non espressamente elencate nella tabella A, con il vincolo, però, di doverle pubblicare sul sito istituzionale.

Tutto questo avviene senza pregiudicare, più in generale, le esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, se si considera che per le finalità dettate dall'art. 52 del D.Lgs. n. 42 del 2004 (concernente l'esercizio del commercio in aree di valore culturale e nei locali storici tradizionali), si conferisce al comune - d'intesa con la regione, sentito il competente Soprintendente e sentite altresì le associazioni di categoria - il potere di delimitare zone o aree aventi particolare valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico. Dovrà, al riguardo, trattarsi di zone o aree in cui è vietato o in cui è subordinato ad autorizzazione (ex art. 15(37), D.Lgs. n. 59 del 2010) l'esercizio di una o più attività contemplata dal decreto n. 222, in quanto ritenuta non compatibile con le esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale.

Il Governo, con il decreto in esame, incide altresì, sul d.P.R. n. 380 del 2001, in specie: abrogando l'art. 25 (Procedimento per il rilascio del certificato di agibilità); modificando non poche disposizioni(38) ed altresì integrando il portato con l'inserimento dell'art. 6 bis (Interventi subordinati a comunicazione di inizio lavori asseverata). In particolare, nel quadro di tale riforma, giova evidenziare: la ridenominazione del Capo III (Segnalazione certificata di inizio di attività); la modifica degli artt. 22 (che reca gli interventi subordinati a Scia) e 23 (che disciplina gli interventi subordinati a Scia in alternativa al permesso di costruire) nonché la nuova disciplina dell'"agibilità" di cui all'art. 24.

Il decreto n. 222 semplifica, altresì, i regimi amministrativi in materia di pubblica sicurezza, modificando gli artt. 110 e 141 del R.D. n. 635 del 1940 nonché disponendo che per le attività sottoposte ad autorizzazione di pubblica sicurezza ai sensi del R.D. n. 773 del 1931, laddove la suddetta tabella A preveda un regime di Scia, quest'ultima sortirà gli effetti dell'autorizzazione ai fini dello stesso regio decreto(39).

Infine, onde conciliare le esigenze di uniformità normativa con la necessità di salvaguardare l'autonomia territoriale, il decreto - nel segno di una mutatio in melius, già contemplata dall'art. 29, comma 2 quater, della L. n. 241 - riconosce alle regioni e agli enti locali il potere di prevedere livelli ulteriori di semplificazione.

Dalla lettura delle norme in esame emerge così la volontà di omogeneizzare la disciplina applicabile, attraverso previsioni chiare, univoche ed uniformate, al fine di favorirne una compiuta conoscibilità e consentire, quindi, al cittadino di individuare facilmente il regime giuridico applicabile all'intervento che intende realizzare.

La semplificazione amministrativa e l'accelerazione dei procedimenti attraverso il fast track procedure

Le finalità sinora rievocate trovano ulteriore riprova nella vigenza del d.P.R. n. 194 del 2016, il quale, emanato in applicazione dell'art. 4 della L. n. 124 del 2015, è volto a semplificare e accelerare la realizzazione di interventi rilevanti per lo sviluppo nazionale. Tutto questo avviene attraverso un meccanismo di fast track procedure, con il quale si determina: l'individuazione, periodica e relativa a categorie procedimentali definite ex ante, dei procedimenti per i quali sussista un interesse pubblico all'accelerazione; la riduzione dei termini di conclusione procedimentale (fino alla metà); la previsione di potere sostitutivi. Si adotta così un regolamento caratterizzato da una generalità ex ante e da una flessibilità ex post, oltre che dall'attribuzione di un potere sostitutivo funzionale all'accelerazione del processo decisionale(40).

Rileva, anche in tal caso, quindi, il fattore tempo, quale "valore ordinamentale fondamentale"(41) determinante per i cittadini e le imprese, avversi ad incertezze e lungaggini procedimentali, nel segno degli artt. 41 e 97 Cost.(42) nonché dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Il d.P.R. n. 194 del 2016, in particolare, reca norme per la semplificazione e l'accelerazione di procedimenti amministrativi concernenti: rilevanti insediamenti produttivi; opere di rilevante impatto sul territorio; l'avvio di attività imprenditoriali suscettibili di avere positivi effetti sull'economia o sull'occupazione nonché procedimenti relativi a infrastrutture e insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese. Tali procedimenti, inclusi quelli di cui al D.Lgs. n. 50 del 2016, hanno ad oggetto non poche categorie provvedimentali ("autorizzazioni, licenze, concessioni non costitutive, permessi o nulla osta comunque denominati, ivi compresi quelli di competenza delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, alla tutela della salute e della pubblica incolumità") tutte necessarie per la localizzazione e la realizzazione delle opere, lo stabilimento degli impianti produttivi e l'avvio delle attività(43).

Al riguardo, si disciplina, altresì, il procedimento di individuazione degli interventi (art. 2), che coinvolge, attraverso un iter anche temporalmente predeterminato, una pluralità di soggetti istituzionali, quali l'ente territoriale, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Consiglio dei Ministri, la Conferenza unificata ed i Presidenti delle Regioni. E tutto questo, anche in tal caso, è rivolto ad assicurare chiarezza ed univocità previsionale così da facilitare l'individuazione degli interventi individuati.

Del pari, significativa è la previsione, all'art. 3, della riduzione dei termini procedimentali, da espletarsi in via sostenibile, una sostenibilità, questa, da valutarsi in concreto, dovendosi al riguardo vagliare l'organizzazione

amministrativa, la natura degli interessi pubblici tutelati e la particolare complessità del procedimento. La norma, invero, quantifica la riduzione consentita, ivi prevedendo una riduzione che sia non superiore al cinquanta per cento rispetto ai termini di cui all'art. 2 della L. n. 241. E laddove il termine fosse già parzialmente decorso, la riduzione opererebbe con riferimento al periodo residuo.

La valutazione della sostenibilità, quindi, dovrà rendersi in concreto, ossia vagliando tutte le possibili implicazioni derivanti dalla riduzione temporale adottata: dovendosi, ad esempio, considerare, quanto alla organizzazione amministrativa, il prevedibile aumento del carico di lavoro degli uffici o, quanto alla complessità del procedimento, le difficoltà degli imprenditori di far fronte ai dovuti adempimenti procedimentali in tempi ridotti(44).

L'inutile decorso del termine di cui all'art. 2 della L. n. 241 o di quello ridotto ai sensi del cit. art. 3 del regolamento in esame, legittima il Presidente del Consiglio dei Ministri, previa delibera del Consiglio dei Ministri, a sostituire il soggetto inerte nell'adozione dei relativi atti.

Detto potere sostitutivo, a sua volta, potrà essere delegato ad un soggetto dotato di comprovata competenza ed esperienza inerente l'attività oggetto di sostituzione, potendosi del pari fissare un nuovo termine di conclusione del procedimento, di durata però non superiore a quello originariamente previsto(45).

L'esercizio di siffatto potere potrà, a sua volta, essere delegato al Presidente della Regione o al Sindaco, nel qual caso - ai sensi dell'art. 5 del regolamento in esame - assumendo rilevanza, sul piano procedimentale, l'incidenza sortita dall'intervento sul "territorio" (della Regione, del Comune o della Città metropolitana) o sulle "competenze" (degli enti locali). In particolare, qualora l'intervento coinvolga esclusivamente o in misura prevalente "il territorio di una regione o di un comune o città metropolitana", sempre che non sussista un preminente interesse nazionale alla realizzazione dell'opera, il Presidente del Consiglio dei Ministri delegherà di regola il Presidente della regione o il Sindaco all'esercizio del potere sostitutivo. Al di fuori del predetto caso, quindi, laddove l'intervento coinvolga "le competenze delle regioni e degli enti locali", le modalità di esercizio della sostituzione saranno, invece, determinate previa intesa in Conferenza unificata ex art. 9 del D.Lgs. n. 281 del 1997.

A ben vedere, accanto alle diverse modalità di esercizio del potere sostitutivo, la norma opera una ulteriore distinzione che concerne il novero degli enti locali interessati. Infatti, mentre nel caso il cui il coinvolgimento riguardi il "territorio", la norma si limita a richiamare, oltre alla Regione, il Comune e la Città metropolitana, nell'ipotesi in cui il coinvolgimento riguardi le "competenze", la stessa norma richiama, accanto alle regioni, più in generale, gli "enti locali", in tal modo estendendo l'ambito di applicazione della

disposizione anche agli enti locali diversi dal Comune e dalla Città metropolitana.

Si può, più in generale, ritenere che la previsione regolamentare evochi un'accezione dinamica, procedimentale e consensuale del principio di sussidiarietà così come costituzionalizzato, inteso quindi come fattore di flessibilità dell'assetto delle competenze, volto a soddisfare indefettibili esigenze unitarie. Del resto, come già da tempo chiarito dalla giurisprudenziale costituzionale, l'equazione interesse nazionale - competenza è ormai divenuta priva di valore deontico, posto che proprio l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità né di merito, alla competenza legislativa regionale(46).

Infine, giova osservare che il potere sostitutivo in esame differisce da quello contemplato dall'art. 2, comma 9 ter, L. n. 241, essendo, il primo, un potere esercitabile d'ufficio, attribuito a un soggetto diverso dal sostituito e, infine, concernente solo dati procedimenti, ovvero quelli individuati ai sensi dell'art. 2 del regolamento in esame. Un differente ambito di operatività, questo, che giustifica, quindi, la possibile coesistenza delle suddette disposizioni(47).

Semplificare per riformare

Le norme adottate e qui commentate contribuiscono a riformare l'azione amministrativa, incidendo sulla relazione che si invera tra l'esercizio del potere e la pretesa del privato. In particolare, l'ordinamento intende agevolare la percezione del portato precettivo della norma, ridimensionando il potere di scelta dell'amministrazione in ragione di previsioni univoche che chiariscano, direttamente, i regimi amministrativi applicabili. Si intende, così, favorire la comprensione delle modalità e degli adempimenti procedimentali, attraverso regole chiare ed esaustive, così da scongiurare aporie interpretative, scelte amministrative dilatorie e inevitabili quanto interminabili contenziosi.

Si sceglie, pertanto, di semplificare per riformare l'azione amministrativa, tentando di innovare senza aggravare, in particolare arricchendo il procedimento di norme elencative e di moduli di semplificazione, che concentrano ed accelerano la funzione.

Un "amministrare per legge"(48), quindi, ove la decisione si rivela sempre più attuazione e sempre meno scelta, nel quadro di un ordinamento, come quello attuale, oltremodo articolato e complesso e dove la complessità, riflettendo la contrapposizione di interessi socialmente e giuridicamente rilevanti, trova soluzione nella chiarezza della norma e nella semplificazione dell'azione.

Ebbene, le norme attuative qui rievocate e commentate, pur offrendo un utile e significativo apporto al processo di riorganizzazione dell'amministrazione, si riveleranno davvero utili se la loro applicazione non si tradurrà nel tradimento della lettera e della ratio della riforma, pur consapevoli però che proprio la

complessità, coinvolgendo "ogni tipo di regola (...) invita a rifuggire da ogni assolutezza"(49).

(1) Sugli obiettivi perseguiti dall'art. 5 della L. n. 124/2015, cfr. G. Vesperini, Quale riforma per le autorizzazioni amministrative?, in questa Rivista, 2016, 2, 154 ss.

(2) Cfr. art. 5, comma 1, L. n. 124 del 2015.

(3) Cfr. art. 4, comma 1 lett. b), della cit. L. n. 124.

(4) Secondo G. Vesperini (Le norme generali sulla semplificazione, in questa Rivista, 2015, 4, 632 ss.) in tal modo "si torna al modello originario della L. n. 241/1990, nel quale, cioè, le fattispecie da sottoporre a silenzio assenso e (nel linguaggio della L. del 1990) denuncia di inizio di attività si dovevano stabilire con norme (allora di rango secondario)".

(5) Cfr. Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere n. 1784/2016.

(6) A ben vedere le "norme generali di semplificazione della L. n. 124/2015 adoperano sei volte il verbo 'identificare', altre due volte il verbo 'precisare'. Nella valutazione del legislatore del 2015, quindi, la semplificazione dei processi decisionali richiede un impegno intenso di specificazione di norme vigenti, da compiersi attraverso altre norme (...) La semplificazione dei procedimenti amministrativi ha maggiori possibilità di successo se si riduce la discrezionalità dell'amministrazione nell'interpretazione e nell'attuazione delle norme relative. Il legislatore che 'precisa', 'identifica', 'individua' si sostituisce a uffici timidi o incapaci; circoscrive, conseguentemente, i margini di intervento del giudice; attribuisce all'apparato di governo della politica di semplificazione poteri di regolamentazione puntuale per dare certezza ed effettività alle norme di legge" (G. Vesperini, op. ult. cit., 632-633).

(7) Cfr. R. Ferrara, Introduzione al diritto amministrativo, Roma-Bari, 2005, 177. L'Autore offre, altresì, una definizione di "libertà dell'amministrazione", ritenendo che la stessa "conseguirebbe, come effetto indotto, dalla crisi della legge, dalla persistente dequotazione del suo ruolo di ordinazione della realtà e, segnatamente, degli interessi pubblici e privati in conflitto".

(8) Secondo G. Napolitano - M. Abrescia (Analisi economica del diritto, Bologna, 2009, 231) "gli organi elettivi possono ridurre il rischio di sviamento regolando minuziosamente l'azione amministrativa. Un eccesso di regole, tuttavia, può diminuire la flessibilità degli agenti nel rispondere alle situazioni che mutano, soprattutto quando l'ambiente in cui essi operano è meno prevedibile; oppure, all'opposto, aumentare i margini di manovra dei funzionari pubblici, quando soltanto essi possono sciogliere l'intrico normativo creato dal legislatore decidendo opportunisticamente la norma per loro più vantaggiosa da applicare (si tratta del c.d. paradosso della discrezionalità)".

(9) Cfr. Cons. Stato parere n. 1784/2016, cit., il quale altresì evidenzia "l'avvento di una codificazione concepita anche come tecnica di semplificazione, ravvisandosi nella codificazione settoriale (e non generalista)

una scelta di metodo univoca, assunta dal legislatore per far fronte ai cambiamenti subiti dalla materie regolate sotto il profilo tecnico, economico e sociale (...) La qualità delle regole si misura dalla capacità di garantire un elevato livello qualitativo del rapporto tra i soggetti dell'ordinamento, mediante scrittura formale e contenuti certi, chiari, razionali, coerenti. A tale riguardo la legge deve essere non soltanto necessaria, comprensibile, completa e sistematica, ma deve anche porre regole il più possibile condivise e, soprattutto prevedere per i suoi destinatari solo quegli adempimento che siano strettamente necessari al suo funzionamento".

(10) Così Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere n. 929/2016. V., inoltre, Cons. Stato, Ad. Gen., parere n. 141 del 1991. Al riguardo, cfr. M. Immordino, Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza ed incertezza, in Annuario Aipda 2014. L'incertezza delle regole, Napoli, 2015, 99 ss.; Id., Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa, in L'interesse pubblico tra politica e amministrazione (a cura di A. Contieri - F. Francario - M. Immordino - A. Zito), Napoli, 2010, 57 ss.

(11) F. Merusi, Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio", in Dir. amm., 2-3/2015, 583.

(12) Sull'incidenza che i moderni fenomeni economici sortiscono sulla teoria della discrezionalità, cfr. G. Tropea, La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015, in Dir. amm., 1-2/2016, 110-111, il quale annovera tra le cause di siffatto condizionamento "le politiche pubbliche degli ultimi trent'anni, spesso anticipate da istanze provenienti da organismi e corti sovranazionali e internazionali, incentrate sulle semplificazioni e sulle liberalizzazioni; le crescenti tensioni verso l'efficacia, l'efficienza, il perseguimento del 'risultato' dell'azione amministrativa".

(13) In argomento, cfr. L. Torchia, Tendenze recenti della semplificazione amministrativa, in Dir. amm., 1998, 404 ss.; G. Vesperini, La semplificazione dei procedimenti amministrativi, in Riv. trim. dir. pubbl.; 1998, 655 ss.; M. D'Alberti, Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici, in Dir. amm., 2008, 51 ss.; S. Battini, La semplificazione amministrativa nell'esperienza italiana, in questa Rivista, 2004, 450 ss.; G. Napolitano, Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa, in F. Liguori - C. Acocella (a cura di), Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo, Napoli, 2015, 237 ss.; Id., Diritto amministrativo e processo economico, in Dir. amm., 2014, 696 ss.; R. Ferrara, Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?, in Dir. soc., 2000, 101 ss.; M. Renna, Le semplificazioni amministrative (nel d.lgs. n. 152 del 2006), in Riv. giur. ambiente, n. 5/2009, 649 ss.; M. Savino, Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato, in Riv. trim. dir. pubbl., 2015, 641 ss.; M.A.

Sandulli, Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela, in federalismi.it; L. Fiorentino - L. Saltari, Le politiche di concorrenza: dallo "stallo" al rilancio, in G. Napolitano (a cura di), Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali, Bologna, 2012, 251 ss.; Lazzara, Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive, in Dir. amm., 2011, 679 ss.; S. Torricelli, Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale, Rimini, 2013, 51 ss.; A. Travi, La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica, in www.giustamm.it; G. Tropea, La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015, cit., 118 ss.; M. Ramajoli, Liberalizzazioni: una lettura giuridica, in F. Manganaro - A. Romano Tassone - F. Saitta (a cura di), Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi, Atti del XVII Convegno di Copanello, Milano, 2013, 20 ss.

(14) In argomento, cfr. M. Immordino, Certezza del diritto e amministrazione di risultato, in M. Immordino- A. Police (a cura di), Principio di legalità e amministrazione di risultati, Torino, 2004, 28 ss.; P. Lazzara, Il principio di semplificazione del procedimento, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), Studi sui principi del diritto amministrativo, 2012, 533 ss., per il quale "Le politiche di semplificazione hanno caratterizzato le riforme amministrative degli ultimi venti anni; la linea di tendenza, particolarmente marcata anche nella legislazione europea, mira ad ampliare lo spazio della libertà di iniziativa economica rispetto ai profili di conflitto con i pubblici interessi. Si impone, in particolare, l'accelerazione dei procedimenti che condizionano l'ingresso nel mercato dei servizi e l'avvio delle attività economiche private. In questa prospettiva, la tensione tra legalità ed efficienza non determina una contrapposizione plastica tra interesse pubblico e interessi privati; il favore per le attività economiche è sorretto dalla spinta generale alla competitività del sistema economico nazionale ed europeo, nonché, in particolare, dalla prospettiva della effettiva apertura del mercato europeo dei servizi. Si fissa così uno stretto legame tra scarsa efficienza dell'apparato burocratico-amministrativo e difficoltà della crescita economica nel senso che gli ostacoli impediscono di 'sfruttare appieno il mercato unico' con danno per i fondamentali obiettivi comuni. Particolarmente gravi sono considerate le questioni che attengono alle procedure amministrative 'eccessivamente gravose', così come alla relativa 'incertezza giuridica'".

(15) R. Ferrara, Lo stato di diritto fa bene all'economia. Alcune note in margine alla c.d. legge Madia in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, in www.diritto-amministrativo.org, 2-3.

(16) R. Ferrara, op. ult..cit., 3.

(17) G. Tropea, La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015, cit. 132-133.

(18) S. Cassese, Verso un nuovo diritto amministrativo?, in questa Rivista, 2016, 1, 13.

(19) Ibidem.

(20) Art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 126/2016, il quale inoltre dispone che: "Resta ferma la disciplina delle altre attività private non soggette ad autorizzazione espressa".

(21) Cfr. Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere n. 839/2016.

(22) Art. 1, comma 2, prima parte, D.Lgs. n. 126 del 2016.

(23) L'art. 1 del cit. D.Lgs. n. 126, infatti, è rubricato "Libertà di iniziativa privata".

(24) Art. 1, comma 2, seconda parte, D.Lgs. n. 126/2016.

(25) "(...) di concerto con il Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione, sentita la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 (...)" (art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 126/2016).

(26) Ai sensi dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 126/2016 inoltre i suddetti moduli prevedono la possibilità del privato di indicare l'eventuale domicilio digitale per le comunicazioni con l'amministrazione.

(27) Sempre ai sensi dell'art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 126/2016 restano fermi gli obblighi di cui al D.Lgs. n. 33/2013.

(28) V. art. 2, comma 1, ult. parte, D.Lgs. n. 126/2016.

(29) Ex art. 8 della L. n. 131 del 2003: "1. Nei casi e per le finalità previsti dall'articolo 120, secondo comma, della Costituzione, il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all'ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l'organo interessato, su proposta del Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento. 2. Qualora l'esercizio del potere sostitutivo si renda necessario al fine di porre rimedio alla violazione della normativa comunitaria, gli atti ed i provvedimenti di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro per le politiche comunitarie e del Ministro competente per materia. L'articolo 11 della legge 9 marzo 1989, n. 86, è abrogato. 3. Fatte salve le competenze delle Regioni a statuto speciale, qualora l'esercizio dei poteri sostitutivi riguardi Comuni, Province o Città metropolitane, la nomina del commissario deve tenere conto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione. Il commissario provvede, sentito il Consiglio delle autonomie locali qualora tale organo sia stato istituito. 4. Nei casi di assoluta urgenza, qualora l'intervento sostitutivo non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità tutelate dall'articolo 120 della Costituzione, il Consiglio dei

ministri, su proposta del Ministro competente, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, adotta i provvedimenti necessari, che sono immediatamente comunicati alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città e autonomie locali, allargata ai rappresentanti delle Comunità montane, che possono chiederne il riesame. 5. I provvedimenti sostitutivi devono essere proporzionati alle finalità perseguite. 6. Il Governo può promuovere la stipula di intese in sede di Conferenza Stato-Regioni o di Conferenza unificata, dirette a favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il conseguimento di obiettivi comuni; in tale caso è esclusa l'applicazione dei commi 3 e 4 dell'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Nelle materie di cui all'articolo 117, terzo e quarto comma, della Costituzione non possono essere adottati gli atti di indirizzo e di coordinamento di cui all'articolo 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e all'articolo 4 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112".

(30) Cfr. Cons. Stato, parere n. 839/2016, cit. Nel successivo parere n. 1784/2016, il Consiglio di Stato ha chiarito la differenza che intercorre tra i modelli procedimentali contemplati dal comma 2 e dal comma 3 dell'art. 19, osservando che "nel primo caso (comma 2), pur se vi è un modello procedimentale più complesso, si conserva il carattere tipico della Scia, di 'strumento di liberalizzazione imperniato sulla diretta abilitazione legale all'immediato esercizio di attività affrancate dal regime autorizzatorio' (come definito dal parere n. 839 (...)); ciò giustifica il regime di specialità tra art. 19 e art. 19 bis, comma 2, (...) nel secondo caso (comma 3), non si è di fronte a una Scia vera e propria (e nemmeno a una "Scia unica", ma a un meccanismo procedimentale del tutto diverso, tant'è che si avvia il percorso della conferenza di servizi (non a caso, nel citato parere n. 839 del 2016 si era parlato, più che di una 'segnalazione', di una richiesta di inizio attività')".

(31) Infatti, l'art. 8, comma 2, L. n. 241/1990 prevede che: "Nella comunicazione debbono essere indicati: a) l'amministrazione competente; b) l'oggetto del procedimento promosso; c) l'ufficio e la persona responsabile del procedimento; c bis) la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'art. 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione; c ter) nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza; d) l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti".

(32) L'art. 29, comma 2 ter, l. proc. è stato così modificato dall'art. 3, comma 1, lett. f), D.Lgs. n. 126/2016.

(33) La modifica è opera dell'art. 3, comma 2, lett. b), n. 1. Lo stesso articolo, al comma 2 lett. b) n. 2 lett. b, modifica il comma 3 dell'art. 19 della L. n. 241 del 1990 ivi disponendo che: "la parola 'stesse' è sostituita dalla seguenti: 'da parte del privato'".

(34) In argomento, cfr. G. Vesperini, Quale riforma per autorizzazioni amministrative, cit., 156.

(35) Infatti, ai sensi dell'art. 2, comma 7, D.Lgs. n. 222/2016: "Con i successivi decreti recanti disposizioni integrative e correttive, adottati ai sensi dell'articolo 5, comma 3, della legge n. 124 del 2015, la tabella A può essere integrata e completata. Successivamente, con decreto del Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione, previa intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 3 del decreto legislativo n. 281 del 1997, si procede periodicamente all'aggiornamento e alla pubblicazione della tabella A, con le modifiche strettamente necessarie alle disposizioni legislative successivamente intervenute".

(36) V. art. 2 del D.Lgs. n. 222 del 2016.

(37) L'art. 15 del D.Lgs. n. 59 del 2010 reca le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione, ivi disponendo che "1. Ove sia previsto un regime autorizzatorio, le condizioni alle quali è subordinato l'accesso e l'esercizio alle attività di servizi sono: a) non discriminatorie; b) giustificate da un motivo imperativo di interesse generale; c) commisurate all'obiettivo di interesse generale; d) chiare ed inequivocabili; e) oggettive; f) rese pubbliche preventivamente; g) trasparenti e accessibili. 2. I requisiti e i controlli equivalenti o sostanzialmente comparabili quanto a finalità, ai quali il prestatore sia già assoggettato in un altro Stato membro, sono da considerarsi idonei ai fini della verifica della sussistenza delle condizioni per il rilascio di un titolo autorizzatorio, sempre che il prestatore o le autorità competenti dell'altro Stato membro forniscano al riguardo le informazioni necessarie".

(38) L'art. 3 del D.Lgs. n. 222/2016 contempla la modifica dei seguenti articoli del d.P.R. n. 380/2001: 5, 6, 20, 22, 23, 23 bis, 24, 25, 26, 31, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 44, 46, 48, 49, 62, 67 e 82.

(39) Cfr. art. 4 del D.Lgs. n. 222 del 2016. Inoltre, l'art. 6 del predetto D.Lgs. dispone l'abrogazione dell'art. 126 del R.D. n. 773 del 1931.

(40) Cfr. Cons. Stato, parere n. 929/2016, cit.

(41) Cfr. Cons. Stato, parere n. 929/2016, cit. V., inoltre, Cons. Stato, Ad. Gen., parere n. 141 del 1991.

(42) Si osserva infatti che "l'efficienza e il buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost. (...) vanno declinati 'in concreto' con una efficace scadenza temporale" (Cons. Stato, parere n. 929/2016 cit.).

(43) V. art. 1 del d.P.R. n. 194 del 2016.

(44) Cons. Stato, parere n. 929/2016, cit.

(45) L'art. 3, commi 3 e 4, del cit. d.P.R. n. 194 dispone altresì che: "3. I poteri sostitutivi di cui ai commi 1 e 2 sono esercitati previa diffida all'organo competente, al quale, in caso di inerzia, è comunicato l'avvenuto esercizio del potere sostitutivo. 4. Il Presidente del Consiglio dei ministri o il suo delegato si avvalgono, per l'esercizio del potere sostitutivo, di personale delle amministrazioni pubbliche individuato ai sensi dell'articolo 6, nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente".

Il regolamento inoltre disciplina proprio il "Supporto tecnico-amministrativo", laddove l'art. 6 prevede che: "1. Con i decreti di cui all'articolo 2 è individuato, per ciascun intervento, il personale di cui può avvalersi il titolare del potere sostitutivo di cui all'articolo 4. 2. I soggetti di cui al comma 1 sono designati tra dipendenti pubblici in possesso di elevate competenze tecniche o amministrative, maturate presso uffici competenti per lo svolgimento di procedimenti analoghi, assicurando la presenza fra essi di personale posto in posizione di elevata responsabilità in strutture amministrative competenti per gli interventi e procedimenti oggetto del potere sostitutivo. 3. Il personale di cui al presente articolo continua a prestare servizio nella propria amministrazione e a esso non è riconosciuto alcun trattamento retributivo ulteriore rispetto a quello in godimento".

(46) Cfr. Corte cost. 1° ottobre 2003, n. 303. La Consulta altresì chiarisce che: "Il nuovo art. 117 Cost. distribuisce le competenze legislative in base ad uno schema imperniato sulla enumerazione delle competenze statali; con un rovesciamento completo della previgente tecnica del riparto sono ora affidate alle Regioni, oltre alle funzioni concorrenti, le funzioni legislative residuali. In questo quadro, limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principî nelle materie di potestà concorrente, come postulano le ricorrenti, significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze [basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco (konkurrierende Gesetzgebung) o alla clausola di supremazia nel sistema federale statunitense (Supremacy Clause)]. Anche nel nostro sistema costituzionale sono presenti congegni volti a rendere più flessibile un disegno che, in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare, per l'ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali, sul piano dei principî giuridici, trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica. Un elemento di flessibilità è indubbiamente contenuto nell'art. 118, comma 1, Cost., il quale si riferisce esplicitamente alle funzioni amministrative, ma introduce per queste un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida, come si chiarirà subito appresso, la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principî di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. È del resto coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come subsidium quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando

l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto".

(47) Cfr. Cons. Stato, parere n. 929/2016, cit., laddove si osserva quindi che: "Appare ragionevole ritenere che, nel caso in cui il termine per la conclusione del procedimento venga ridotto ai sensi del presente regolamento, la scadenza del nuovo termine consenta, comunque, al privato di ricorrere anche allo strumento acceleratorio previsto in via generale dall'art. 2, comma 9-ter, delle legge n. 241 del 1990".

(48) S. Cassese, Verso un nuovo diritto amministrativo?, cit., 13.

(49) A. Falzea, Complessità giuridica, in Enc. dir., Annali, I, Milano 2007, 202.

3. BETTER REGULATION

Giornale Dir. Amm., 2018, 5, 581 (commento alla normativa)

CHE COSA CAMBIA NELLA NORMATIVA STATALE SULLA *BETTER REGULATION* - IL COMMENTO

di Federica Cacciatore

D.P.C.M. 15-09-2017, n. 169, epigrafe

Il 15 settembre 2017, dopo anni di attesa, ha finalmente visto la luce il nuovo regolamento di disciplina dell'analisi e della verifica di impatto della regolamentazione (rispettivamente, AIR e VIR), cui ha fatto seguito, il 16 febbraio 2018, l'adozione della Guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione. Molte sono le novità introdotte nella regolazione dei due strumenti di *better regulation*, e nelle consultazioni, che divengono oggetto di una disciplina organica a sé stante.

Particolare rilievo assumono l'approccio ciclico alla *better regulation* e la selettività degli interventi di valutazione, oltre che la necessità di impostarne la *governance* in una prospettiva multilivello, che tenga conto delle competenze regionali e di quelle sovranazionali, con il coordinamento degli uffici di governo *ad hoc*. Ma sul piano delle procedure molti sono anche gli elementi di continuità con il passato.

Sommario: Il percorso (in salita) verso l'adozione - I contenuti e le principali novità - L'approccio ciclico (e selettivo?) alla better regulation - La governance multilivello - L'AIR - La VIR - Le consultazioni - Il ruolo del Consiglio di Stato - Considerazioni conclusive

Il percorso (in salita) verso l'adozione

Il 15 settembre 2017 ha finalmente visto la luce il nuovo regolamento di disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR), della verifica di impatto della regolamentazione (VIR) e delle consultazioni. Il regolamento sostituisce, a distanza di più di otto anni, i precedenti regolamenti sull'AIR e sulla VIR, adottati, rispettivamente, con D.P.C.M. n. 170 del 2008 e con D.P.C.M. n. 212 del 2009, e riconduce a una la fonte normativa per entrambi gli strumenti di analisi, introducendo anche una disciplina organica per la consultazione pubblica. A ulteriore supporto per lo svolgimento delle analisi, e per fornire "indicazioni tecniche e operative alle amministrazioni statali per l'applicazione degli strumenti per la qualità della regolazione" è, poi, intervenuta la Guida all'analisi e alla verifica dell'impatto della regolamentazione (d'ora in avanti, Guida), redatta dal Dipartimento degli affari giuridici e legislativi, con il supporto del Nucleo AIR in esso incardinato, e adottata con Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 16 febbraio 2018(1). La Guida, come vedremo, svolge anche una importante funzione chiarificatrice di alcuni aspetti non sufficientemente espliciti della disciplina.

Il percorso per la revisione della disciplina di AIR e VIR ha subìto negli anni alcune battute d'arresto, benché la volontà di porvi mano per rimediare ai diversi punti critici sia stata manifestata da tempo. Già all'inizio della XVII legislatura, per esempio, il Governo aveva sottoposto a consultazione un documento contenente i principali settori(2) oggetto del regolamento *in fieri* (non già, dunque, un articolato). Dopo una fase di elaborazione dell'articolato, protrattasi fino alla primavera 2017, l'8 maggio scorso la Presidenza del Consiglio ha infine trasmesso la bozza di regolamento alla sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, per sottoporla a un parere preliminare dell'organo di giustizia amministrativa.

Il Consiglio di Stato si è espresso con proprio parere, favorevole ma con osservazioni, il 19 giugno 2017, i cui contenuti saranno enucleati di seguito. La revisione della bozza alla luce delle considerazioni del Consiglio di Stato ha richiesto al DAGL un ulteriore trimestre di lavoro. Il regolamento, nella sua versione definitiva, è entrato in vigore lo scorso 15 dicembre 2017.

I contenuti e le principali novità

La prima e più evidente novità introdotta dal nuovo regolamento è di carattere formale, e attiene a una sorta di codificazione delle normative specifiche in tema di *better regulation* in un unico regolamento, che sostituisce i due previgenti relativi, rispettivamente, all'AIR e alla VIR. In questa cornice, le consultazioni, che in precedenza erano citate come fasi specifiche di ciascun processo, vengono ora estrapolate dalla regolamentazione dei singoli strumenti, e diventano oggetto di una disciplina organica a sé stante, applicabile all'uno o all'altro (artt. 16-18 del regolamento). La normativa, inoltre, esclude, stavolta espressamente, le autorità amministrative indipendenti dal suo campo di applicazione.

Diverse, come era prevedibile, sono anche le innovazioni introdotte sul piano dei contenuti, non tanto in merito alle modalità operative con cui si dovrà procedere alle analisi *ex ante* e alle verifiche *ex post* - per cui il regolamento demanda puntualmente a una successiva direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottarsi ai sensi dell'art. 14, comma 6, L. n. 246/2005 - quanto, più in generale, con riferimento all'approccio generale di valutazione e alla *governance* delle politiche per la qualità

della regolazione. Alcuni cambiamenti specifici in merito all'AIR, alla VIR e alla disciplina delle consultazioni sono poi degni di nota, e saranno presi in considerazione di seguito.

L'approccio ciclico (e selettivo?) alla better regulation

Fra gli aspetti che emergono con particolare evidenza dalla lettura della nuova disciplina su AIR e VIR vi sono il proclamato "approccio circolare alla regolamentazione" (art. 2, comma 1) che si intende adottare e promuovere, e una più volte citata trasparenza dell'intero processo, intesa sia come apertura ai suoi destinatari (consultazione) sia come conoscibilità di quanto realizzato (pubblicità). Quanto al primo aspetto, vi si legge che AIR, VIR e consultazione sono strumenti "integrati" fra loro, poiché insieme concorrono alla qualità normativa lungo tutto il percorso (ciclico) della regolamentazione, dalla elaborazione iniziale delle proposte fino alla loro revisione. Il principio si fonda su quanto più volte affermato dalla Commissione europea in tema di *better regulation*[3], che promuove l'approccio ciclico della valutazione e la necessità di agganciare gli strumenti di controllo *ex post* alle stime *ex ante*, e da cui trae origine anche la buona norma "evaluate first": prima valuta l'efficacia delle regole esistenti e poi adottane di nuove, se non puoi farne a meno. Nell'esperienza europea, il principio più volte enunciato ha trovato concreta attuazione nei cd. *fitness checks*, interventi periodici di valutazione estensiva di interi settori di *policy* e non di singoli provvedimenti, finalizzati a fornire evidenza anche per la predisposizione di future regolazioni. Nella nuova disciplina di AIR e VIR, il concreto realizzarsi del ciclo della buona normazione, al di là degli enunciati di principio, sembra configurarsi nella previsione di una forma di programmazione periodica delle valutazioni, che dovrebbe tradursi nella predisposizione di appositi piani. Mentre, tuttavia, nella regolamentazione previgente il nesso fra la VIR e l'AIR era esplicitato dalla previsione generale per cui la prima dovesse essere realizzata innanzitutto sulle norme che erano a suo tempo state oggetto di AIR, nella nuova versione questa previsione è venuta meno, e le VIR vanno programmate con riguardo a quegli "atti o insiemi di atti normativi" che rispondano a determinati criteri di rilevanza e significatività (su cui si veda *infra*). Non è detto, pertanto, che si tratti degli stessi atti oggetto di AIR, perché la valutazione di rilevanza e significatività può essere nel frattempo mutata a causa di fattori esogeni o perché sono mutati i soggetti della valutazione stessa. L'influenza del fitness check è più evidente nell'art. 8, comma 4, che stabilisce che l'AIR debba tenere conto "degli esiti delle VIR eventualmente realizzate, anche con riferimento a norme connesse per materia", nonché nell'art. 12, comma 6, dove si ricollegano gli indicatori di monitoraggio, funzionali alla successiva realizzazione della VIR, a quelli individuati "nelle corrispondenti AIR".

Anche l'accento posto sulla programmazione, come si diceva, deve molto all'influsso europeo, sebbene siano diverse le modalità con cui essa viene realizzata. Sono gli artt. 4 e 12 a disciplinare la programmazione dell'attività, rispettivamente, per l'AIR e per la VIR. La presenza di due distinti articoli dedicati alla programmazione è dovuta alla scelta di mantenere una disciplina separata, e, di conseguenza, programmazioni differenziate a seconda che si tratti di valutazioni *ex ante* o *ex post*. In questo si rileva la differenza maggiore con la pianificazione delle attività realizzata a livello europeo, nell'ambito del programma REFIT. Nella nuova regolazione statale, infatti, ciascuna

amministrazione realizza la programmazione per le AIR semestralmente, presentando al DAGL, che lo trasmette al Sottosegretario di Stato con funzioni di Segretario del Consiglio dei ministri, entro la fine di giugno ed entro la fine di dicembre di ogni anno, l'elenco normativo per il semestre successivo, comprensivo delle AIR e di eventuali casi di esclusione ed esenzione. Le stesse amministrazioni sono poi chiamate a presentare entro dicembre dell'anno precedente il biennio a cui si riferisce, un "Piano biennale per la valutazione e la revisione della regolamentazione", relativo agli atti normativi in vigore su cui intende realizzare le VIR. Si ricordi, a questo proposito, che la programmazione europea in tema di qualità della regolazione(4) è su base annuale, e integra in un unico documento le nuove iniziative e gli interventi di valutazione *ex post*.

Strettamente legato alla programmazione è l'approccio selettivo che con la nuova disciplina si intende promuovere con maggior vigore. Se, infatti, anche prima delle modifiche gli ambiti di applicazione di AIR e VIR erano limitati da forme di esclusione (molto ridotte) e di esenzione, seppure vigesse il principio generale dell'assoggettabilità di tutti gli atti normativi del Governo e delle amministrazioni statali, con il nuovo regolamento si sancisce espressamente l'opportunità che l'AIR venga "riservata ad iniziative normative di impatto significativo su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni" (art. 2, comma 3)(5). Analogamente, per quanto concerne la VIR, i criteri per la selezione degli interventi da sottoporre a verifica annoverano, stando all'elenco di cui all'art. 12, comma 7: la "rilevanza" rispetto agli obiettivi perseguiti dalle politiche a cui gli atti si riferiscono; la "significatività" degli effetti; l'eventuale esistenza di "problemi e profili critici rilevati nell'attuazione" e delle eventuali modifiche del contesto socio-economico di riferimento.

La prima considerazione in merito alla volontà di promuovere un approccio selettivo alle analisi *ex ante* ed *ex post* riguarda la sostanziale indeterminatezza degli stessi criteri, che, applicati in maniera personalizzata da ciascuna amministrazione, potrebbe dar luogo a situazioni differenziate. I concetti di "rilevanza" e "significatività", infatti, sono tradizionalmente esposti, anche in ambito scientifico, alla critica di poter affermare dire tutto e nulla sulla reale portata del fenomeno cui si riferiscono, pertanto potrebbero subire declinazioni eterogenee a seconda dei soggetti incaricati di tradurli in numeri. Con specifico riguardo alla VIR, inoltre, colpisce che tra i criteri di selezione compaia anche l'eventuale esistenza di "problemi e profili critici rilevati nell'attuazione", che non può essere rilevata se non con una attenta valutazione.

La seconda considerazione riguarda le modalità con cui si intende rendere operativo questo approccio. Ancora una volta in difformità da quanto avviene in ambito europeo, dove la selettività detta realmente le regole della programmazione finalizzata al REFIT, i documenti programmatici semestrali per l'AIR non contengono semplicemente gli elenchi degli atti sui quali si intendono svolgere le AIR, ma devono contenere l'indicazione della "sussistenza di eventuali cause di esclusione dall'AIR", esplicitandone le motivazioni. Analogamente, nei possibili casi di esenzione dall'AIR in relazione al "ridotto impatto dell'intervento", che si intende tale qualora sussistano, contemporaneamente, alcune condizioni (scarsi costi di adeguamento attesi in relazione ai destinatari; numero esiguo dei destinatari; risorse pubbliche di importo ridotto; limitata incidenza sull'assetto concorrenziale del mercato) occorre che

l'amministrazione inoltri esplicita richiesta al DAGL. Anche senza soffermarsi sull'ipotesi che molti provvedimenti che mobilitino, singolarmente, scarse risorse pubbliche potrebbero comunque, nel complesso, rivelarsi inefficienti, per cui un approccio valutativo per interi settori di *policy* sarebbe stato auspicabile anche in una prospettiva *ex ante*, il dubbio maggiore riguarda la reale sussistenza di un approccio selettivo per quanto riguarda le AIR. Dove l'onere di dimostrare l'inopportunità di procedere all'AIR è rimesso all'amministrazione che deve motivare la richiesta di esenzione, l'approccio dominante è quello dell'universalità della valutazione, non della sua selettività. In questa seconda ipotesi, infatti, un'ipotesi alternativa avrebbe potuto essere quella di "rovesciare" l'onere di motivare la selezione, prevedendo l'elencazione delle sole proposte normative che si intendano sottoporre ad AIR ed evidenziandone le motivazioni, sempre in coerenza con i criteri indicati. Si aggiunga a questo che, anche in caso di esclusione o esenzione dall'AIR di un determinato provvedimento, ovvero nel caso in cui su questo non sia prevista la VIR, qualora lo richiedano le Commissioni parlamentari o il Consiglio dei ministri, si stabilisce che, in merito alla proposta di provvedimento, la relazione illustrativa che la accompagna contenga comunque una "indicazione degli impatti attesi su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni, nonché [la] comparazione delle eventuali opzioni regolatorie considerate" (artt. 6, commi 4 e 7, 7); mentre, con riferimento alla VIR, si stabilisce che essa venga comunque effettuata (art. 12, comma 11).

In merito alla trasparenza del processo, infine, questa è garantita dalla previsione di consultazioni (cfr. *infra*) sia per l'AIR sia per la VIR, nonché dalla pubblicazione delle relazioni finali sul sito dell'amministrazione interessata e su quello del DAGL. Non sono, tuttavia, previste sanzioni nel caso di mancata pubblicazione.

La governance multilivello

La nuova disciplina dell'AIR e della VIR statale rafforza il ruolo del DAGL sia in materia di coordinamento delle attività di valutazione svolte da tutte le amministrazioni statali, sia conferendo a esso formalmente una funzione di supporto e controllo alle stesse amministrazioni. Il Dipartimento, infatti, oltre a "verifica[re] l'adeguatezza e la completezza" delle analisi effettuate e "la correttezza dei metodi di valutazione", e a chiedere "integrazioni e chiarimenti", può anche, qualora l'amministrazione non provveda ad adeguare la valutazione giudicata carente, formulare un "avviso ostativo", da comunicare al Sottosegretario di Stato con funzioni di Segretario del Consiglio dei ministri, ai fini della decisione in merito all'iscrizione del provvedimento all'ordine del giorno (art. 9, comma 3). Non soltanto, al DAGL è riconosciuto un ruolo rilevante in tema di programmazione delle VIR da parte delle altre amministrazioni, che prima di presentare il Piano biennale devono acquisirne il parere. Non emergono con chiarezza i criteri coi quali il DAGL dovrebbe esprimersi in merito alla programmazione propria delle singole amministrazioni delle attività di revisione normativa, ma è plausibile che gli stessi criteri elencati all'art. 12, comma 8 guidino l'attività di supervisione da parte del DAGL. In aggiunta, qualora l'amministrazione competente non presenti il Piano biennale nei termini previsti, si configura una sorta di potere sostitutivo del Governo, che adotta il Piano con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (art. 12, comma 3).

In tema di coordinamento orizzontale, il nuovo regolamento conferma anche la rilevanza e la peculiarità delle AIR e delle VIR che coinvolgono più materie, e che devono quindi essere condotte da più amministrazioni, in ragione della loro competenza di settore (artt. 5, comma 2 e 12, comma 5). Il DAGL, cui è riconosciuto in linea generale un ruolo di coordinamento, anche orizzontale fra le amministrazioni coinvolte, può coordinare direttamente lo svolgimento della VIR, per provvedimenti "di particolare rilevanza e impatto" (art. 12, comma 4).

Viene inoltre riconosciuto un ruolo specifico al Nucleo istituito presso la Presidenza del Consiglio (art. 2, comma 10), che coadiuva il DAGL nelle attività di verifica della qualità dei processi valutativi e di supporto metodologico alle amministrazioni.

Un indubbio merito della nuova disciplina è quello di avere integrato la regolamentazione statale e il ruolo del DAGL in un contesto finalmente multilivello, dove quest'ultimo si pone come referente per il coordinamento non solo orizzontale, con tutte le amministrazioni coinvolte, ma anche verticale, con le amministrazioni regionali da un lato e con l'UE dall'altro. Nella prima direzione va il riconoscimento del ruolo della Conferenza unificata, all'art. 3, comma 2, come arena di scambio di buone prassi e metodologie: si sancisce, infatti, che in quella sede sono definite "forme di cooperazione su tecniche, modelli e procedure di analisi e verifica dell'impatto della regolamentazione, nonché in materia di scambio di esperienze, di messa a disposizione di strumenti e di basi informative, di procedure di valutazione congiunta, riferite anche alla regolazione europea". Nella seconda direzione, invece, devono annoverarsi le previsioni espresse in materia di partecipazione del Governo italiano alle AIR e alle VIR sulla normazione europea (rispettivamente, artt. 11 e 15). In particolare, ai fini della relazione illustrativa alle Camere sui progetti di atti legislativi dell'Unione europea (art. 6, comma 4, L. n. 234/2012), le amministrazioni svolgono un'AIR sui progetti di atti europei "significativi per il loro impatto nazionale" (art. 11, comma 1, del regolamento) e devono comunicare tempestivamente al DAGL l'elenco delle proposte su cui intendono svolgere l'AIR. Analogamente, l'art. 15 afferma che le amministrazioni debbano partecipare alle attività di valutazione ex post promosse dall'UE, "con specifico riguardo [... alle] materie di particolare rilievo per le politiche nazionali". Mentre, pertanto, per l'AIR non si prevede una partecipazione, ma una autonoma attività di analisi ex ante, per la VIR è configurata, dove ritenuta opportuna, la partecipazione a un'attività valutativa coordinata al livello europeo. In entrambi i casi, comunque, va rilevato che l'applicazione del principio della selettività appare meno incerta che per le AIR domestiche.

L'AIR

Nelle more dell'adozione della citata direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri, con la quale saranno indicate le tecniche di analisi e valutazione e saranno definiti i modelli di relazione per l'AIR e per la VIR, il nuovo regolamento (art. 8) scandisce le fasi dell'AIR, senza introdurre sostanziali novità rispetto a quanto previsto nella regolamentazione previgente. In particolare, si conferma la suddivisione del processo di valutazione nelle seguenti sette fasi, che sono più dettagliatamente affrontate nella Guida:

a. analisi del contesto e individuazione dei problemi, con riferimento al settore di policy in cui si inscrive il previsto intervento normativo, e declinando gli aspetti critici sotto i profili normativo, amministrativo, economico e sociale;

b. individuazione dei destinatari, pubblici e privati, e definizione della loro consistenza numerica;

c. definizione degli obiettivi dell'intervento;

d. elaborazione delle opzioni di intervento, inclusa quella di non intervento (cd. opzione zero);

e. valutazione preliminare delle opzioni, con riguardo all'efficacia, alla proporzionalità e alla fattibilità, e individuazione delle opzioni possibili;

f. comparazione delle opzioni alternative, con particolare attenzione ai loro effetti di natura sociale, economica, ambientale e territoriale per ciascuna categoria di destinatari, e tenendo conto anche degli impatti sulle piccole e medie imprese, sul complesso degli oneri amministrativi, sulla concorrenza e sul rispetto dei livelli minimi di regolazione europea;

g. individuazione dell'opzione preferita, delle condizioni per la sua corretta attuazione (leggasi implementazione) e delle modalità di svolgimento del monitoraggio e della successiva valutazione.

Come già evidenziato, una novità di rilievo è il richiamo agli esiti di eventuali VIR realizzate nello stesso settore.

L'ambito di applicazione rimane anch'esso invariato: il nuovo regolamento si applica agli atti normativi del Governo, compresi quelli adottati dai singoli ministri, agli atti interministeriali e ai disegni di legge di iniziativa governativa (art. 5), sebbene sia stata prevista una specifica disciplina per i decreti legge. L'applicabilità dell'AIR ai decreti legge è stata a lungo oggetto di dibattito teorico, considerato che non vigeva per questi una espressa esclusione, ma che, al contempo, fra le possibili cause di esenzione vi erano i "casi straordinari di necessità e urgenza". La soluzione praticata dal nuovo regolamento in vigore rappresenta un compromesso, in quanto prevede comunque la realizzazione di una sorta di AIR limitata, che si articoli almeno nelle fasi di:

a. individuazione dei problemi, con riferimento al settore di policy in cui si inscrive il previsto intervento normativo, e declinando gli aspetti critici sotto i profili normativo, amministrativo, economico e sociale;

b. definizione degli obiettivi dell'intervento;

c. individuazione dei destinatari, pubblici e privati, e definizione della loro consistenza numerica;

d. valutazione dell'intervento, con descrizione (e, dove possibile, quantificazione) dei principali impatti per categoria di destinatari e per la collettività nel suo complesso;

e. individuazione delle condizioni per la sua corretta attuazione e delle modalità di svolgimento del monitoraggio e della successiva valutazione.

L'indicazione che ne emerge è dunque quella di procedere comunque, pur nel contesto tipico di necessità e urgenza in cui si muove il decreto legge, a una qualche forma di analisi preventiva, seppure sacrificando la comparazione con opzioni alternative(6).

I casi di esclusione dell'AIR prevedono, come in precedenza, i disegni di legge costituzionale, i disegni di legge di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali (ora non più solo nel caso in cui non comportino spese o l'istituzione di nuovi uffici) e gli atti in materia di sicurezza interna ed esterna dello Stato; sono, inoltre, ampliati dall'esclusione espressa delle norme di attuazione degli statuti delle regioni ad autonomia speciale, delle norme di mero recepimento di disposizioni recate da accordi internazionali ratificati, delle leggi di approvazione di bilanci e rendiconti generali, dei testi unici compilativi e dei regolamenti adottati ai sensi dell'art. 17, comma 4 *bis*, L. n. 400/1988, relativi all'organizzazione degli uffici ministeriali.

Si è già visto che, in presenza di alcune condizioni, "congiuntamente considerate", alle amministrazioni è data la possibilità di richiedere l'esenzione dall'AIR, pur nei casi rientranti nell'ambito di applicazione. Si tratta di casi di regolazione marginale, contemporaneamente rivolta a un gruppo esiguo di destinatari e di scarso impatto finanziario. La novità rispetto al passato è data dalla previsione per cui l'esenzione possa essere richiesta anche per specifici aspetti della disciplina (in questo, sì, assolvendo al principio di selettività della valutazione) (art. 7, comma 3). Resta, comunque, il DAGL il detentore ultimo del potere di concedere o meno l'esenzione, secondo un approccio piuttosto centralizzato(7).

Una volta effettuata l'AIR, le amministrazioni la trasmettono al DAGL, che, come si diceva, deve verificarne la correttezza; per le proposte normative che prevedono restrizioni alla concorrenza, prima della trasmissione al DAGL le amministrazioni devono richiedere il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'art. 34, comma 5, D.L. n. 201/2011, convertito con modificazioni dalla L. n. 214/2011.

La VIR

Sempre nell'attesa di più dettagliate indicazioni metodologiche, più innovativa rispetto al passato appare la disciplina della VIR. Ciò non desta meraviglia, se si tiene conto delle diverse innovazioni registratesi in ambito europeo in tema di valutazione *ex post*, nel tempo intercorso dal D.P.C.M. n. 212 all'adozione del nuovo regolamento(8).

Dal punto di vista operativo, la VIR deve tradursi nelle seguenti quattro fasi principali:

a. analisi della situazione attuale e dei problemi, ricorrendo a evidenze quantitative e verificando il grado di attuazione della normativa, anche con riferimento ai livelli istituzionali eventualmente coinvolti;

b. ricostruzione della logica dell'intervento, in relazione ai problemi sorti e agli obiettivi che si intendevano conseguire, alle azioni poste in essere, ai soggetti coinvolti, all'evoluzione del contesto di riferimento;

c. valutazione dell'intervento, applicando i seguenti criteri:

1. efficacia
2. efficienza
3. perdurante utilità dell'intervento rispetto agli obiettivi generali di policy
4. coerenza dell'insieme delle norme che disciplinano l'area di regolazione in esame;

d. definizione di eventuali ipotesi di revisione, abrogazione, miglioramento.

La novità di rilievo rispetto al modello previgente per la redazione della relazione VIR è il chiaro riferimento ai criteri da osservare per la valutazione degli impatti, che ripropongono esattamente quelli adottati a livello europeo per le valutazioni ex post di singoli provvedimenti e per i *fitness checks* di interi settori (escludendo, comprensibilmente, quello del valore aggiunto europeo(9)).

L'approccio ciclico e più ampio che ha introdotto la Commissione europea attraverso il *fitness check* e il programma REFIT si ravvisa in diversi aspetti della nuova disciplina: nel citato doppio rimando dell'AIR alla VIR e viceversa, nella possibilità di includere nell'ambito della valutazione ex post anche altre evidenze emerse nel corso di ulteriori eventuali analisi, "comunque denominate" (art. 13, comma 3) e, come già evidenziato, nel richiamo all'opportunità di svolgere la VIR anche con riferimento a più atti normativi, "tra loro funzionalmente connessi" (art. 12, comma 5). Di rilievo per la concreta realizzazione del ciclo della *better regulation* è anche il riferimento al monitoraggio *in itinere*, funzionale alla realizzazione della successiva VIR, che l'amministrazione competente deve assicurare durante l'implementazione della regolazione, "attraverso la costante raccolta ed elaborazione delle informazioni e dei dati necessari all'effettuazione della VIR", e che deve tenere conto innanzitutto degli "indicatori individuati nelle corrispondenti AIR" (art. 12, comma 6).

Il regolamento apre inoltre la strada al ricorso alle clausole valutative, finora diffusesi principalmente a livello regionale(10): si specifica che nel Piano biennale, infatti, possono rientrare anche gli atti normativi nei quali siano state incluse clausole valutative.

Rispetto agli approcci metodologici per la valutazione ex post, va segnalato che la Guida dedica un apposito all'approccio controfattuale, i cui precetti registrano sempre più seguaci sia tra gli studiosi sia nelle istituzioni e nelle organizzazioni che si occupano di diffondere le buone pratiche della valutazione, come l'OCSE e la Banca Mondiale(11).

Anche nel caso della VIR, una volta redatta la relazione, le amministrazioni la trasmettono al DAGL per la verifica di correttezza e competenza (art. 14, comma 3).

Le consultazioni

Come anticipato, le consultazioni, diversamente dal passato, diventano oggetto di disciplina autonoma rispetto ai processi di valutazione, attraverso criteri e indicazioni che devono osservarsi in qualunque caso.

Le consultazioni con i destinatari dell'intervento devono essere previste in linea di principio in tutti i casi di AIR e VIR, "salvo casi straordinari di necessità e urgenza" (art. 16, comma 1). Quest'ultima previsione si attaglia difficilmente ai casi di verifica ex post, che seguono una programmazione a cadenza biennale; pertanto è evidente che possa riferirsi esclusivamente ai decreti legge, per i quali, come si diceva, si prescrive un'AIR "semplificata", svolta senza consultazioni né comparazione di ipotesi alternative.

Rilevante ai fini dell'effettiva e concreta apertura e trasparenza dei processi valutativi è quanto affermato nell'art. 16, comma 3, secondo cui l'amministrazione può ricorrere alla consultazione aperta o ristretta, "in via alternativa o congiunta", dove per consultazione ristretta si intende quella "rivolta a soggetti predefiniti

dall'amministrazione sulla base degli interessi coinvolti". Non si ravvisa dunque alcun vincolo di ricorso a consultazioni aperte a tutti i potenziali interessati, anche se non direttamente interpellati dall'amministrazione. Non sono previsti avvisi ostativi né eccezioni formali qualora l'amministrazione non ritenga mai di dover indire consultazioni aperte a tutti. Diverso è il caso delle VIR e del Piano biennale per le VIR, che devono obbligatoriamente essere sottoposti a consultazione aperta. In ogni caso, la Guida, successivamente, specifica che, per quanto riguarda l'AIR, le consultazioni andrebbero effettuate durante la definizione delle opzioni di *policy* e in fase di valutazione di uno specifico intervento normativo.

Qualora optasse per una consultazione aperta, l'amministrazione deve pubblicare su un'apposita sezione del proprio sito istituzionale un documento preliminare in cui siano indicati, nel caso di AIR, "almeno" i profili critici della situazione attuale, nonché gli obiettivi e le opzioni di intervento; mentre, nel caso della VIR, sono pubblicati i "documenti necessari" a raccogliere "opinioni, dati e valutazioni sull'efficacia" del provvedimento oggetto di verifica.

Per la raccolta dei contributi è stabilito in entrambi i casi un termine minimo di quattro settimane, che si pone ben al di sotto del termine posto per le consultazioni europee, attualmente pari a dodici settimane. La pubblicità delle consultazioni in corso dovrebbe essere garantita anche attraverso "una apposita sezione del sito istituzionale del Governo", che al momento non esiste. Tuttavia, trascorsi dodici mesi dalla chiusura della consultazione, le amministrazioni possono rimuoverne ogni traccia dai propri siti.

Nessun obbligo di pubblicità è previsto invece per le eventuali consultazioni ristrette cui abbia fatto ricorso l'amministrazione, sebbene all'art. 16, comma 5, si legga, genericamente, che le amministrazioni devono assicurare "la conoscibilità delle iniziative di consultazione, tramite il proprio sito istituzionale". La norma, così come scritta, potrebbe fare riferimento a qualsiasi forma di consultazione, ma occorrerà attendere le eventuali indicazioni di dettaglio del Governo, oltre che le specifiche sensibilità di ciascuna amministrazione, per capire se vi sarà effettivamente data una lettura estensiva o meno.

Il ruolo del Consiglio di Stato

Nel percorso verso l'adozione del nuovo regolamento si è innestato anche il citato parere reso lo scorso giugno 2017 dal Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi[12].

È utile enucleare brevemente alcuni fra i principali aspetti toccati dal Consiglio di Stato per verificarne l'impatto sulla stesura della versione finale.

Occorre anzitutto osservare che le indicazioni del Consiglio di Stato si dispongono su piani differenziati, spaziando da aspetti meramente formali ad aspetti maggiormente di sostanza, per giungere a esprimersi anche sull'approccio metodologico da adottare in fase di valutazione.

Dalla lettura incrociata dell'articolato definitivo con le indicazioni fornite nel parere, emerge poi che non tutte queste hanno trovato riscontro nel primo, mentre di alcuni aspetti si può trovare agevolmente traccia.

Fra questi ultimi punti vi è senz'altro l'accento posto dal giudice amministrativo sulla necessità di promuovere un approccio ciclico e un'interconnessione fra tutti gli strumenti di *better regulation*; attenzione, tuttavia, ampiamente condivisa dal Governo, come testimonia la stessa opzione per un regolamento unico di disciplina di AIR, VIR e consultazioni. A questo proposito, il Consiglio di Stato ha insistito sull'opportunità di operare un più stretto raccordo fra il DAGL e i singoli ministeri, che ha trovato attuazione nell'attuale disegno complessivo delle responsabilità a livello statale.

Analogamente, sembra aver avuto riscontro la rilevata carenza della bozza di regolamento in merito alle previsioni organizzative che consentano a ciascuna amministrazione interessata di dotarsi di appositi uffici e di personale adeguatamente formato. In particolare, richiamando, come in precedenza, l'art. 14, comma 9, L. n. 246, che fa riferimento all'autonoma potestà organizzativa delle amministrazioni in merito alla predisposizione delle strutture per l'AIR e la VIR, la prima versione del regolamento non sarebbe stata sufficientemente coraggiosa, per così dire, nel forzare, pur in costanza dell'attuale regime legislativo, un'interpretazione più dirigistica e centralizzata. Questa interpretazione, nella prospettiva da cui si pone il Consiglio di Stato, avrebbe dovuto portare il DAGL a ritagliarsi un ruolo centrale anche in merito alla elaborazione di indicazioni organizzative per le altre amministrazioni; e in effetti, all'art. 2, comma 7 della versione definitiva, il regolamento ora prevede che con la citata direttiva il Governo fornisca anche "indicazioni sull'organizzazione delle funzioni di valutazione nelle Amministrazioni".

Fra gli aspetti che, pur se rilevati in chiave problematica dal Consiglio di Stato, non sembrano invece avere avuto un impatto significativo sull'articolato finale, vanno segnalati alcuni interventi di merito sugli approcci alla valutazione da preferire e una sorta di autocandidatura dell'organo a diventare parte attiva del processo ordinario di valutazione.

Rispetto al primo punto, è degno di menzione l'esplicito richiamo da parte del Consiglio di Stato all'opportunità di adottare e promuovere un approccio comportamentale alla regolazione, a suo parere "ancora, ingiustamente, inesplorato in Italia", a sostegno del quale sono richiamate le numerose iniziative intraprese all'estero in tale direzione. Va comunque segnalato che nella Guida è dedicato un apposito box di approfondimento sui contributi di tale branca delle scienze sociali agli studi di valutazione.

Rispetto, infine, al secondo punto, va sottolineato come, mediante il parere, il Consiglio di Stato si candidi a ricoprire un ruolo attivo e istituzionalizzato di garante delle regole e a entrare, così, a pieno titolo nel novero degli attori coinvolti nel processo di better regulation. In particolare, il Consiglio di Stato coglie l'occasione per porre la sua funzione consultiva al servizio dello "Stato-comunità", in qualità di "soggetto terzo" preposto alla "verifica del buon uso degli strumenti di better regulation da parte del regolatore".

Considerazioni conclusive

A lungo atteso, il nuovo regolamento di disciplina dell'AIR, della VIR e delle consultazioni presenta indubbie novità ed elementi conservativi rispetto al passato.

In particolare, mentre - nell'attesa ormai più che decennale di appositi atti di disciplina delle metodologie operative per AIR e VIR - abbiamo poche informazioni in più su quali metodi e tecniche impiegare e secondo quali criteri per le valutazioni, la nuova disciplina fornisce un quadro più chiaro delle responsabilità e dei principi ispiratori per le politiche integrate di *better regulation*. Tuttavia, non tutte le innovazioni che si è inteso veicolare appaiono parimenti raggiungibili, e alcuni nodi critici destano dubbi in merito alla reale fattibilità e alla concretezza degli obiettivi perseguiti, soprattutto in fatto di trasparenza e inclusività dei processi.

In tema di responsabilità, emerge il contestuale ruolo di coordinamento, supporto e controllo, anche di merito, del DAGL, e una centralizzazione delle funzioni di supervisione, che si spingono fino a contemplare l'ipotesi di un potere sostitutivo del Governo nel caso in cui un'amministrazione manchi di programmare le VIR per il biennio successivo. La rinnovata attenzione verso la qualità delle analisi, e non più solo verso la quantità, testimoniata da un proclamato approccio selettivo e dalla leva del controllo di adeguatezza, correttezza e completezza svolto dal DAGL e dal Nucleo, si ricollega al problema annoso della formazione del personale chiamato a occuparsi di AIR e VIR all'interno delle amministrazioni. Anche il Consiglio di Stato, nel suo parere, ha fatto riferimento a un cambiamento culturale nelle amministrazioni, che consenta di fare propri i principî della *better regulation* e ne liberi gli strumenti dalla funzione di ulteriori adempimenti burocratici dalla dubbia utilità, cui sembravano destinati fino a tempi recenti.

Occorrerà attendere le ulteriori indicazioni metodologiche del Governo e, soprattutto, la concreta implementazione dei nuovi strumenti per comprendere a pieno in che misura sarà dato seguito alla "natura circolare e iterativa" dei processi di valutazione, di cui il nuovo regolamento unitario si fa garante e promotore, e per avere un riscontro della sua fattibilità.

Qualche dubbio in più emerge, come si diceva, in merito alla concreta realizzazione del principio di trasparenza e partecipazione, dove si consente alle amministrazioni di omettere (anche) sistematicamente il ricorso alle consultazioni aperte in fase di AIR, e dove si ammette un periodo minimo di apertura delle consultazioni ben al di sotto dello standard europeo. In questo senso, le ulteriori indicazioni del DAGL, contenute nella Guida, forniscono maggiori chiarimenti sulle possibili tecniche di consultazione, anche attingendo alle Linee guida sulla consultazione pubblica in Italia, pubblicate con la Direttiva 31 maggio 2017 dal Dipartimento della funzione pubblica. Esse non aggiungono, invece, ulteriori elementi chiarificatori rispetto all'opzione di scelta fra consultazioni aperte e ristrette, e dunque resta da vedere come sarà tradotto in pratica l'obbligo per le amministrazioni di assicurare adeguata pubblicità alle iniziative di consultazione mediante il proprio sito, e se lo stesso sarà esteso anche alle consultazioni ristrette.

---

(1) La Guida sostituisce la precedente "Guida alla sperimentazione dell'analisi d'impatto della regolamentazione" approvata con la Circ. 16 gennaio 2001, n. 1.

(2) In particolare: ambito dell'intervento; obiettivi e conseguente organizzazione; programmazione dell'attività normativa ai fini dell'AIR; selezione dei provvedimenti sottoposti ad AIR; contenuti della "Relazione AIR preliminare"; contenuti della "Relazione AIR finale"; procedura AIR per i decreti legge; selezione degli atti da sottoporre alla VIR; contenuti della "Relazione VIR"; Relazione annuale sullo stato di attuazione dell'AIR e della VIR.

(3) I richiami alle indicazioni metodologiche di derivazione europea sono invero più espliciti nella parte introduttiva della Guida, che si rifà espressamente alle linee guida sulla Better regulation della Commissione europea (European Commission, *Better Regulation Guidelines*, SWD(2015) 111 final, 19 maggio 2015).

(4) Contenuta in una *roadmap* più generale sull'attività normativa europea.

(5) La Guida specifica ulteriormente che "interventi per i quali i presumibili vantaggi e svantaggi sono ritenuti di minore impatto, o la cui distribuzione tra le categorie di destinatari non determina criticità ritenute particolarmente rilevanti, richiederanno un'analisi meno particolareggiata; viceversa, provvedimenti per i quali si prevedono impatti significativi, soprattutto sotto il profilo dei costi di adeguamento, richiederanno un'Air più approfondita".

(6) Un'alternativa, oltre a quella - più radicale ma, probabilmente, più realistica - di cogliere finalmente l'occasione per escludere del tutto i decreti legge dall'ambito di applicazione dell'Air, avrebbe potuto essere quella di prevedere, sì, un'AIR ridotta, ma di considerare un processo più snello e meno approfondito di valutazione e quantificazione degli impatti attesi, al fine di salvaguardare la comparazione con almeno una opzione alternativa.

(7) Sulla potenziale indefinitezza dei confini dell'esenzione ci si era già espressi in occasione dell'adozione del primo regolamento (cfr. A. Natalini - F. Sarpi, *L'insostenibile leggerezza dell'AIR, commento al DPCM 11 settembre 2008, n. 170*, in questa *Rivista*, 2009, 229-239).

(8) P. Stephenson, *Why Better Regulation Demands Better Scrutiny of Results The European Parliament's Use of Performance Audits by the European Court of Auditors in ex post Impact Assessment*, "European Journal of Law Reform", (1-2), 2017.

(9) Che, tuttavia, avrebbe potuto restare valido per le amministrazioni statali, nei casi di regolazione in settori a prevalente competenza regionale.

(10) Anche se già da tempo si è diffusa a tutti i livelli la pratica di prevederle nei testi normativi, pur lasciandole per lo più disattese (cfr. U. Trivellato, *La valutazione degli effetti di politiche pubbliche: paradigma e pratiche*, IRVAPP WP 2009-01, giugno 2009, 33).

(11) Si vedano, a titolo esemplificativo, E. Stern - N. Stame - J. Mayne - K. Forss - R. Davies - B. Befani, *Broadening the range of designs and methods for impact evaluations*, Report of a study commissioned by the Department for International Development, April 2012. Oppure H. White - S. Sinha - A. Flanagan, *A review of the state of impact evaluation*, Intervention at the International Workshop on Impact Evaluation for Development, World Bank and the DAC Network on Development Evaluation, Paris, 15 November 2006.

(12) Invero, il contributo del giudice nelle questioni relative alla *better regulation* è andato solidificandosi nel tempo, attraverso pronunce singole che hanno riguardato diversi aspetti dello strumentario a disposizione delle amministrazioni

4. **Urbanistica e appalti, 2018, 5, 604 (commento alla normativa)**

IL REGOLAMENTO SUL DIBATTITO PUBBLICO: DEMOCRAZIA DELIBERATIVA E SINDROME NIMBY

di Giuseppe Manfredi

D.P.C.M. 10-05-2018, n. 76, epigrafe

Con il D.P.C.M. n. 76 del 10 maggio 2018 è stato emanato il regolamento sul dibattito pubblico. Lo scritto esamina i contenuti del decreto, segnalando in particolare che essi appaiono senz'altro adeguati al fine di garantire la partecipazione dei cittadini, e dunque l'attuazione di una forma di democrazia deliberativa in materia di opere pubbliche, mentre si può dubitare che risultino sempre funzionali a prevenire i conflitti di prossimità.

Sommario: Partecipazione e sindrome nimby - L'effettività della partecipazione - Segue - Le disfunzioni

Partecipazione e sindrome nimby

Con il D.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76, è stato emanato il regolamento sul dibattito pubblico(1), a cui il comma 2 dell'art. 22 del Codice dei contratti pubblici demanda la fissazione dei criteri per l'individuazione delle grandi opere per le quali si ricorre alla procedura di dibattito, le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della procedura, e le modalità di monitoraggio sull'applicazione dell'istituto(2).

Prima di riferire dei contenuti di questo regolamento, è opportuno riassumere in estrema sintesi quanto è già stato scritto dai commentatori dell'art. 22 sui precedenti e sulla ratio del dibattito pubblico(3).

In sostanza esso riprende il modello del débat public che è stato introdotto nell'ordinamento francese a partire dalla c.d. loi Barnier del 1995(4), e che aveva già aveva ispirato le norme di alcune leggi regionali, quali le leggi toscane nn. 69 del 2007 e 46 del 2013, e la legge pugliese n. 28 del 2017(5).

Questo istituto viene considerato espressione di ciò che in genere viene definito democrazia partecipativa: la quale è oggetto di una tendenza normativa che origina negli anni sessanta e settanta del novecento, e si propone di estendere il metodo democratico anche al di là delle istituzioni rappresentative, in particolare democratizzando l'esercizio delle funzioni amministrative tramite la partecipazione diretta dei cittadini(6).

In proposito però si impiega anche la definizione di democrazia deliberativa, che è il calco della deliberative democracy di cui si è occupata negli scorsi decenni la letteratura anglosassone: nozione questa che in sostanza postula che le decisioni

pubbliche vengano precedute da una pubblica discussione, alla quale possono prendere parte tutti i soggetti interessati(7).

Non manca però chi ritiene che tra l'una e l'altra espressione vi siano differenze di significato: in particolare perché la seconda pare indicare non tanto un incremento quantitativo, quanto un miglioramento qualitativo della partecipazione democratica, attraverso istituti che dovrebbero consentire una discussione pubblica ben informata e razionale (l'inglese deliberation ha anche i significati di discussione e di riflessione(8)), intesa dunque al "perseguimento imparziale della verità"(9).

Il nostro legislatore, come già quello francese, si è evidentemente ispirato a questa corrente di pensiero ove ha introdotto nel nostro ordinamento il dibattito pubblico ritenendo che esso possa contribuire a prevenire le contestazioni alla realizzazione delle grandi opere, che Benvenuti già negli anni novanta non a caso aveva definito come "un autentico nido di vipere"(10): ossia l'insorgere dell'ormai endemica sindrome nimby.

Detto questo, una breve disamina dei principali contenuti del regolamento non pare del tutto inutile, nonostante quanto è già stato scritto a proposito dell'art. 22 del Codice dei contratti. A ben vedere infatti il Codice dice abbastanza poco su come e quando debba svolgersi la procedura in parola(11): sicché la disciplina del dibattito pubblico in definitiva la si ritrova proprio nel D.P.C.M. n. 76, ed essa in sostanza è stata elaborata quasi autonomamente da parte degli apparati governativi.

L'effettività della partecipazione

Pare però innegabile che il regolamento risulta perfettamente coerente con la ratio dell'istituto in discorso ove detta una serie di norme che sono intese a consentire una partecipazione effettiva dei cittadini alle procedure di realizzazione delle grandi opere: a tal fine queste norme prevedono strumenti decisamente più sofisticati sia di quelli previsti in generale nel capo terzo della L. n. 241 del 1990, sia di quelli previsti dalle discipline di settore sulla partecipazione all'attività amministrativa generale(12) - e così peraltro nell'angusto contesto delle grandi opere indicate dal regolamento viene attuata l'istruttoria pubblica che negli anni ottanta del secolo scorso era stata oggetto di una delle proposte della Commissione Nigro che non avevano avuto seguito nella legge sul procedimento amministrativo(13).

Quanto agli aspetti organizzativi, l'art. 4 del regolamento prevede una composizione mista Stato/Regioni/Enti locali della Commissione nazionale per il dibattito pubblico(14), e incarica questo collegio non solo del compito di formulare raccomandazioni generali sull'applicazione dell'istituto, e di quello di svolgere un monitoraggio in proposito - com'è previsto dall'art. 22 -, ma anche di vigilare sul corretto svolgimento delle singole procedure. Ai fini dell'effettività della partecipazione assumono poi ancora maggior rilievo le disposizioni dell'art. 6 sul coordinatore del dibattito pubblico, ossia l'organo temporaneo incaricato di curare lo svolgimento del dibattito. Su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore il titolare dell'organo viene individuato "tra soggetti di comprovata esperienza e competenza nella gestione di processi partecipativi, ovvero nella gestione ed esecuzione di attività di programmazione e pianificazione in materia infrastrutturale, urbanistica, territoriale e socio-economica" da parte del Ministero

competente per materia tra i suoi dirigenti - oppure, se l'amministrazione aggiudicatrice è un Ministero, da parte dalla Presidenza del Consiglio dei ministri tra i dirigenti estranei al Ministero interessato: in assenza di dirigenti pubblici in possesso dei necessari requisiti, il coordinatore invece viene individuato mediante una procedura di affidamento di appalto di servizi.

Viene precisato (al fine evidente di evitare ingerenze da parte di amministrazioni ed enti aggiudicatori) che il coordinatore del dibattito "svolge le attività affidategli con responsabilità e autonomia professionale", e, come vedremo fra poco, gli viene attribuito il compito di fissare discrezionalmente le modalità di svolgimento della procedura.

Al coordinatore compete pure il compito di chiedere, se del caso, integrazioni al dossier di progetto predisposto dall'amministrazione, quello di segnalare alla Commissione nazionale "eventuali anomalie nello svolgimento del dibattito pubblico", e, ultimo ma non ultimo, quello di redigere la relazione conclusiva del dibattito, della quale si dirà fra poco.

Ora, gli assetti organizzativi in discorso sono stati criticati perché la Commissione nazionale, a differenza del suo omologo francese, non ha natura di autorità indipendente(15): ciò che ovviamente potrebbe far dubitare della imparzialità del suo operato, perché, come noto, anche la partecipazione non va certo esente dal rischio di manipolazioni(16) - e per le stesse ragioni si può ritenere opinabile che l'individuazione del coordinatore sia stata affidata agli apparati ministeriali(17).

Ovviamente questi assetti sono ampiamente perfettibili(18): è però innegabile che già avere affidato lo svolgimento del dibattito al coordinatore, un organo dotato di autonomia rispetto al soggetto che sta valutando se e come realizzare un'opera pubblica, costituisce un rafforzamento dell'imparzialità amministrativa, soprattutto se si considera che la disciplina generale del procedimento amministrativo ex lege n. 241 del 1990 non prevede neppure una distinzione tra la responsabilità dell'istruttoria e la responsabilità della decisione(19).

Segue

Quanto agli aspetti procedurali, il dibattito viene configurato come un sub-procedimento nella procedura di progettazione delle opere indicate nel regolamento: ossia quelle che sono oggetto di dibattito pubblico obbligatorio, individuate nei primi due commi dell'art. 3 con riferimento all'elenco allegato al D.P.C.M. n. 76(20); e quelle che sono oggetto di dibattito facoltativo, nei casi che sono previsti nel terzo e nel quarto comma - id est nell'ipotesi in cui l'avvio del dibattito avviene su richiesta di determinati organi o di un determinato numero di cittadini(21); e in quella in cui invece è l'amministrazione o l'ente aggiudicatore a decidere di indire il dibattito di propria iniziativa, pur non essendovi tenuto.

Va poi sottolineato che il regolamento vuole evitare tutti i ben noti inconvenienti della c.d. partecipazione successiva, o postuma, ossia della partecipazione che viene consentita solo quando un progetto è già definito, sicché spesso risulta estremamente difficile modificarlo.

Infatti già l'art. 1 dispone che sono oggetto di dibattito il progetto di fattibilità, oppure il documento di fattibilità delle alternative progettuali delle opere - il quale secondo il quinto comma dell'art. 23 del Codice dei contratti costituisce la prima delle due fasi in cui può articolarsi la progettazione di fattibilità(22).

Il dibattito viene avviato tramite la pubblicazione sul sito della amministrazione o dell'ente aggiudicatore del già citato dossier di progetto, che ai sensi dell'art. 7 deve illustrare l'opportunità dell'intervento, le soluzioni progettuali proposte, e la valutazione dell'impatto (sociale, ambientale, economico) dell'opera, e dev'essere "scritto in linguaggio chiaro e comprensibile"(23).

Ovviamente sia questa, sia le altre misure previste nel regolamento per garantire l'informazione dei cittadini sono finalizzate a rendere concretamente possibile una partecipazione a ragion veduta, e ad attenuare la c.d. asimmetria informativa tra i partecipanti al dibattito: ma la chiarezza e la comprensibilità del linguaggio usato nel dossier probabilmente sono intese anche a evitare i sospetti che possono suscitare argomentazioni tecnico - scientifiche scarsamente intellegibili, soprattutto in un periodo in cui la fiducia nella scienza non è particolarmente salda(24).

Come poi si svolga il dibattito lo spiega l'art. 8, ove afferma che esso "consiste in incontri di informazione, approfondimento, discussione e gestione dei conflitti, in particolare nei territori direttamente interessati, e nella raccolta di proposte e posizioni da parte di cittadini, associazioni, istituzioni".

Ma s'è già detto che al coordinatore del dibattito viene attribuita un'ampia discrezionalità nel precisare le concrete modalità di svolgimento della procedura, dato che l'art. 6 prevede che quest'organo stabilisce "i temi di discussione, il calendario degli incontri e le modalità di partecipazione e comunicazione al pubblico": discrezionalità che pare giustificata dalla esigenza, affermata nell'art. 8, di organizzare e di gestire la procedura "in relazione alle caratteristiche dell'intervento e alle peculiarità del contesto sociale e territoriale di riferimento".

Questa discrezionalità trova però limiti nelle clausole dell'art. 6 secondo le quali il coordinatore deve attuare la comunicazione e l'informazione al pubblico "in modo oggettivo e trasparente", e, soprattutto, deve favorire "il confronto tra tutti i partecipanti al dibattito", e far emergere "le posizioni in campo, anche attraverso il contributo di esperti, evitando che ci siano posizioni non rappresentate".

Seguendo l'esempio francese, il termine entro cui deve svolgersi il dibattito viene fissato in quattro mesi dalla pubblicazione del dossier di progetto, ed è prorogabile in caso di necessità per soli due mesi.

Come s'è già visto, scaduto questo termine il coordinatore redige la relazione conclusiva, che deve illustrare le attività svolte durante il dibattito, la sintesi dei temi, delle posizioni e delle proposte emerse nella procedura, e deve contenere "la descrizione delle questioni aperte e maggiormente problematiche rispetto alle quali si chiede all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore di prendere posizione nel dossier conclusivo".

La relazione dev'essere poi allegata al dossier conclusivo del dibattito che viene redatto da parte dell'amministrazione o dell'ente procedente, "anche ai fini di cui all'articolo 22, comma 4, del codice" - che, ricordiamolo, prevede che "gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta al dibattito pubblico": ovviamente l'obbligo di valutazione e di discussione degli esiti del dibattito si traduce in un obbligo di motivazione, dato che a mente dell'art. 3 della legge sul procedimento la motivazione dev'essere formulata anche "in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

Le disfunzioni

Ma se nel complesso le previsioni di cui s'è detto appaiono adeguate al fine di garantire la partecipazione dei cittadini, e dunque l'attuazione della democrazia partecipativa, con tutto quanto ne consegue in termini di maggiore consapevolezza dell'opinione pubblica, di un più penetrante controllo sull'operato della pubblica amministrazione, et cetera, il regolamento risulta criticabile ove ha voluto confinare il campo di applicazione del dibattito in un ambito decisamente angusto, individuando le opere da sottoporre alla procedura tramite soglie dimensionali molto elevate(25) - nonostante che il Consiglio di Stato nel parere n. 359 del 2018 sullo schema di decreto avesse avvertito che queste soglie "sono di importo così elevato da finire per rendere, nella pratica, minimale il ricorso a tale istituto, che rappresenta invece una delle novità di maggior rilievo del nuovo Codice dei contratti". Peraltro non può escludersi che a questa scelta abbia contributo anche il dubbio che il dibattito pubblico possa sempre recare alla discussione razionale postulata dalle tesi sulla democrazia deliberativa - la c.d. razionalità dialogica -, e dunque possa sempre prevenire la sindrome nimby - o, se si vuole, ciò che i francesi chiamano conflitti di prossimità(26).

Circa quarant'anni fa Nigro osservava - anche se in un contesto diverso da quello che qui ci occupa - che la partecipazione si muove "in un territorio pieno di mine"(27): e in effetti è innegabile che l'attuazione della democrazia partecipativa comporta una buona dose di problemi.

E ciò in particolare perché le procedure partecipate spesso coinvolgono percentuali di cittadini che sono nettamente inferiori a quelle di coloro che esercitano il diritto di voto nelle consultazioni elettorali(28); e perché riguardo agli interventi infrastrutturali queste procedure talora comportano non solo l'emersione, ma anche l'amplificazione del dissenso(29) - e in concreto anche il dibattito che nel 2009 s'era svolto (in via per così dire sperimentale, dato che era previsto da nessuna disciplina legislativa o regolamentare) sulla nota vicenda della Gronda di Genova ha avuto risultati in parte opinabili(30).

Ma soprattutto non va dimenticato che a volte forse neppure una discussione razionale di per sé sola potrebbe servire a risolvere le questioni in cui interessi della collettività generale e interessi delle comunità locali vanno in senso opposto.

Tant'è che negli scorsi anni contrapposizioni di questo genere si sono tradotte non solo in ricorsi al T.A.R. di comitati di cittadini, ma persino in controversie tra Stato e Regioni avanti la Corte costituzionale - per citare solo due casi in cui la Corte ha

richiamato espressamente l'atteggiamento not in my back yard, ricordiamo quello in cui la sent. n. 62/2005 ha dichiarato illegittime le leggi della Sardegna, della Basilicata e della Calabria che vietavano la realizzazione nei rispettivi territori di depositi di rifiuti radioattivi, e quello in cui la sent. n. 285/2013 ha dichiarato illegittima la legge della Valle d'Aosta che vietava l'incenerimento, la termovalorizzazione, e la gassificazione dei rifiuti(31).

Su questi problemi il regolamento per vero risulta abbastanza carente(32), dato che in definitiva si limita a prevedere un breve termine di svolgimento della procedura (il che dovrebbe servire a evitare un'eccessiva radicalizzazione delle posizioni contrapposte)(33), e a devolvere la decisione finale sulla realizzazione dell'opera all'amministrazione procedente, e alle amministrazioni che partecipano alla conferenza di servizi: ossia a soggetti che in definitiva hanno una seppur indiretta legittimazione rappresentativa - d'altra parte anche chi è a favore della democrazia partecipativa e deliberativa in genere ritiene che essa non possa sostituire la democrazia rappresentativa(34).

Ma forse lo stesso D.P.C.M. n. 76 per il dibattito pubblico è destinato a essere una sorta di sperimentazione, che potrà contribuire a individuare le criticità del funzionamento della procedura, e a elaborare per esse dei rimedi: e d'altro canto, se si considera che gli istituti della democrazia rappresentativa dopo secoli di funzionamento sono ancora in evoluzione, non si può pensare che i ben più giovani istituti della democrazia partecipativa e deliberativa non abbiano bisogno di sperimentazioni e di correzioni.

(1) Testualmente intitolato "Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico".

(2) L'art. 22 per vero fa riferimento alle "grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio": ma questa formula risulta abbastanza vaga, sicché in sostanza l'individuazione delle opere soggette a dibattito pubblico è stata operata autonomamente dal regolamento.

(3) V., tra i tanti, R. De Nictolis, Il nuovo Codice dei contratti pubblici, in questa Rivista, 2016, 521, A. Averardi, L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia, in Giornale dir. amm., 2016, 505 ss., G. Di Gaspare, Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa, in amministrazioneincammino.it, C. Lombardi, A. Lullo, Il dibattito pubblico quale strumento di democrazia partecipativa (evoluzione e stato dell'arte), ivi, V. Manzetti, Il dibattito pubblico nel nuovo codice dei contratti, in federalismi.it., D. Anselmi, Il Dibattito Pubblico: profili giuridici, in astrid rassegna, Id., Lo stato di attuazione del dibattito pubblico in Italia dopo il correttivo al codice degli appalti: riflessioni sullo schema del d.P.C.M. recentemente proposto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti,ivi.

(4) Del débat public riferisce da ultimo V. Molaschi, Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica, Napoli, 2018, spec. 241 ss., con puntuali riferimenti alla letteratura francese, ma v.

anche G. Pizzanelli, La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali, Milano, 2010, 362 ss., e M. Cocconi, La partecipazione all'attività amministrativa generale, Padova, 2010, passim.

(5) V., da ultimo, M. Brunazzo, Istituzionalizzare la partecipazione? Le leggi sulla partecipazione in Italia, in Le istituzioni del federalismo, 2017, 837 ss.

(6) V., per tutti, U. Allegretti, Democrazia partecipativa, voce in Enc. dir., annali, IV, Milano, 2011, 295 ss.

(7) V., per tutti, R. Bifulco, Democrazia deliberativa, voce in Enc. dir., annali, IV, Milano, 2011, 271 ss.

(8) Cfr. R. Bifulco, Democrazia deliberativa, cit., 272.

(9) D. Held, Modelli di democrazia, trad. it., Bologna, 2007, 401.

(10) F. Benvenuti, Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva (1994), ora in Scritti giuridici, Milano, 2006, I, 896.

(11) E forse dice anche troppo poco: ma d'altro canto questo è solo uno dei circa cinquanta casi in cui - come si legge nel parere del 21 marzo 2016 del Consiglio di Stato sullo schema del decreto legislativo sul Codice dei contratti - il Codice ha scelto di dettare una disciplina "snella", che "lasci ampio spazio a atti attuativi". Fino a che punto tutto ciò sia coerente con il divieto di gold plating e con la legalità sostanziale ovviamente esula dai limiti di questo breve commento.

(12) Per una rassegna dei quali si rinvia a M. Cocconi, La partecipazione, cit.

(13) Come ha ricordato di recente M. Bombardelli, La partecipazione procedimentale, in A. Bartolini - A. Pioggia (a cura di), Cittadinanze amministrative, Firenze, 2016, 300. In proposito v. almeno anche gli scritti di due membri della Commissione Nigro, M. Nigro, Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge) (1989), ora in Scritti giuridici, Milano, III, 1996, 2037 ss., e G. Pastori, Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali (1987), ora in Scritti scelti, Napoli, I, 2010, 361 ss.

(14) Il primo comma dell'art. 4 prevede che la Commissione è composta da "a) due rappresentanti, di cui uno con funzioni di Presidente, designati dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti; b) tre rappresentanti designati dal Presidente del Consiglio dei ministri; c) cinque rappresentanti ciascuno designato, rispettivamente, dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, dal Ministro dello sviluppo economico, dal Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, dal Ministro della giustizia e dal Ministro della salute; d) cinque rappresentanti nominati dalla Conferenza Unificata, di cui due in rappresentanza delle regioni, uno dall'Unione delle Province d'Italia e due dall'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani".

(15) Cfr. V. Manzetti, Il dibattito pubblico nel nuovo codice, cit., C. Lombardi - A. Lullo, Il dibattito pubblico quale strumento di democrazia partecipativa, cit.

(16) Sui rischi di manipolazione della partecipazione vi è un'ampia letteratura: v., fra i tanti, A. Lucarelli, La partecipazione al procedimento amministrativo tra democrazia e disordine sociale, in Pol. dir., 2003, 129 ss.

(17) Così U. Allegretti, Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere, in Rivista Aic, n. 3/2018.

(18) Si sa che non mancano ragioni che sconsigliano una eccessiva proliferazione delle authorities: ma forse si sarebbe potuto pensare di affidare le competenze in tema di dibattito pubblico all'ANAC, che ormai da tempo è investita di compiti eterogenei - anche se, per vero, a oggi l'Autorità anticorruzione pare incontrare diverse difficoltà nel fare fronte a tutti i nuovi compiti affidatile dal Codice dei contratti.

(19) Cfr., fra i tanti, M. Renna, Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241, in Dir. amm., 2000, 505 ss., A. Zito, Brevi riflessioni sul ruolo del responsabile del procedimento nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15, in giustamm.it.

(20) "Sono soggette a dibattito pubblico, ai sensi dell'articolo 22, comma 1, del codice, le opere rientranti nelle tipologie di cui all'Allegato 1. I parametri di riferimento delle soglie dimensionali delle opere inserite nell'Allegato 1 sono ridotti del cinquanta per cento se si tratta, con riferimento a particolari esigenze di salvaguardia, di interventi ricadenti, anche in parte: a) su beni del patrimonio culturale e naturale iscritti nella Lista del Patrimonio Mondiale dell'UNESCO, ai sensi della Conferenza sul Patrimonio Mondiale del 1977; b) nella zona tampone come definita nelle Linee Guida Operative emanate dell'UNESCO; c) nei parchi nazionali e regionali e nelle aree marine protette".

(21) "Per le opere di cui all'Allegato 1, di importo compreso tra la soglia ivi indicata e due terzi della medesima, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore indice il dibattito pubblico su richiesta: a) della Presidenza del Consiglio dei ministri o dei Ministeri direttamente interessati alla realizzazione dell'opera; b) di un Consiglio regionale o di una Provincia o di una Città metropolitana o di un comune capoluogo di provincia territorialmente interessati dall'intervento; c) di uno o più consigli comunali o di unioni di comuni territorialmente interessati dall'intervento, se complessivamente rappresentativi di almeno 100.000 abitanti; d) di almeno 50.000 cittadini elettori nei territori in cui è previsto l'intervento; e) di almeno un terzo dei cittadini elettori per gli interventi che interessano le isole con non più di 100.000 abitanti e per il territorio di comuni di montagna".

(22) Come ricorda D. Anselmi, Lo stato di attuazione del dibattito pubblico, cit.

(23) Questa formula si deve a un'osservazione fatta nel parere n.359/2018 del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento, che nella versione originaria si limitava a prescrivere un linguaggio "non tecnico".

(24) Cfr. A. Averardi, La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del dibattito pubblico, in Munus, 2018, 129 e ss. Sulla sfiducia sociale, presente e passata, nei confronti della scienza vi è ampia letteratura, ma quanto alla situazione odierna v. almeno il recente lavoro di T. Nichols, La conoscenza e i suoi nemici. L'era dell'incompetenza e i rischi per la democrazia, trad. it., Roma, 2018.

(25) Cfr. U. Allegretti, Un caso di attuazione, cit.

(26) Cfr. A. Averardi, La decisione amministrativa, cit.

(27) M. Nigro, Il nodo della partecipazione (1981), ora in Scritti giuridici, Milano, II, 1996, 1418.

(28) Ad esempio L. Bobbio, Dilemmi della democrazia partecipativa, in Dem. dir., n. 4/2006, 16, segnala che "l'esperienze mostra che le persone disposte a partecipare sono una frazione minuscola della popolazione", ampiamente inferiore a un decimo della comunità interessata, e che in genere questa frazione non annovera neppure i soggetti cosiddetti deboli, che, pure, si vorrebbero coinvolgere per primi tramite queste forme di partecipazione. V., in tal senso, almeno anche P. Ginsborg, La democrazia che non c'è, Torino, 2006, 89.

(29) V., in generale, A. Averardi, La decisione amministrativa, cit., e Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica, in Riv. trim. dir. pub., 2015, 1173 ss.

(30) In particolare L. Bobbio, Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Il caso dell'autostrada di Genova, in Riv. it. pol. pub., 2010, 119 ss., che peraltro ha funto da presidente della commissione che aveva gestito la procedura, rappresenta che in definitiva il dibattito aveva portato a un progetto con minori impatti sui cittadini residenti nelle aree interessate, ma con costi molto più elevati, destinati a riversarsi sugli utenti delle autostrade. In proposito v. pure G. Pomatto, Grandi opere e dibattito pubblico. L'esperienza della Gronda di Genova, Working Paper n. 12 dell'Università degli studi di Torino - Dipartimento di studi politici, che può leggersi sul sito www.regione.piemonte.it. Casi di dibattito pubblico particolarmente controversi peraltro si sono verificati anche in Francia, in particolare riguardo al progetto dell'aeroporto di Notre-Dame-des-Landes, di cui riferiscono F. Karrer - A. Scognamiglio, Débat public all'italiana, ovvero come mutuare nozioni senza innovare comportamenti, in apertacontrada.it, e Débat public, referendum e la difficile composizione del dissenso alla realizzazione alle opere di rilevante impatto, ivi.

(31) La prima sentenza è commentata da chi scrive, La Corte Costituzionale, i rifiuti radioattivi e la sindrome nimby, in Riv. giur. ambiente, 2005, 532 ss., la seconda da F. Vanetti - M.E. Alotto, Limiti alla potestà legislativa regionale in materia di smaltimento di rifiuti, ivi, 2014, 345 ss.

(32) Nonostante che da anni si stiano sperimentando diverse forme di deliberation: v., in proposito, almeno V. Molaschi, Le arene deliberative, cit., 33 ss.

(33) Sui vantaggi della concentrazione del dibattito in tempi contenuti cfr. L. Bobbio, Il dibattito pubblico, cit.

(34) Cfr., in generale, A. Pizzorusso, Minoranze e maggioranze, Torino, 1993, 18 ss

PUBBLICO - Trasparenza (principio di) di Paolo Tanda – DIGESTO
(Anno di pubblicazione: 2008)

Sommario: 1. Premessa. - 2. Evoluzione del principio di trasparenza. - 3. Fondamento e contenuto del principio di trasparenza. - 4. Trasparenza e pubblicità. - 5. Trasparenza, segretezza e occultamento. - 6. I presupposti della trasparenza amministrativa. - 7. I fattori che ridimensionano e quelli che favoriscono la trasparenza amministrativa: la cosiddetta trasparenza elettronica. - 8. Il Codice della

p.a. digitale. - 9. La Rete Unitaria della pubblica amministrazione. - 10. Le Reti Intranet. - 11. L'Anagrafe Unica, la Protocollazione in formato ASP e il riuso del software. - 12. La Carta Nazionale dei Servizi e la Carta d'Identità Elettronica. - 13. I siti web della pubblica amministrazione. - 14. Lo stato dell'informatizzazione pubblica. - 16. Le molteplici espressioni del principio di trasparenza. - 17. URP e Sportelli Unici. - 18. Trasparenza e partecipazione al procedimento. - 19. La motivazione del provvedimento. - 20. La conferenza di servizi. - 21. Il ruolo della trasparenza nel moderno modello di amministrazione pubblica.

1. Premessa.

Com'è noto, la riforma attuata mediante la legge n. 15/2005(1) ha, tra l'altro, modificato in parte l'art. 1, 1° co., legge n. 241/1990, introducendovi l'espresso riferimento al principio di trasparenza(2): ai criteri ed ai principi di economicità, di efficacia e di pubblicità, già previsti come quelli ai quali deve uniformarsi l'attività amministrativa, si aggiunge, appunto, quello di trasparenza, che, tuttavia, era già pacificamente riconosciuto come immanente nel sistema previgente(3).

Il legislatore, quindi, si pone nel senso della continuità, in quanto l'aver codificato la trasparenza come un principio a cui deve attenersi l'azione amministrativa, significa attribuire dignità di disposizione espressa a quella che già da tempo dottrina e giurisprudenza ritenevano una norma implicita(4).

Del resto, anche nella Relazione della I Commissione permanente affari costituzionali del 6-11-2003 si sottolinea la sostanziale continuità tra la legge n. 241/1990 e la legge n. 15/2005: infatti, quest'ultima «tende a rispettare l'impianto originario della legge n. 241, apportando ad esso quelle correzioni ed integrazioni la cui necessità si è resa evidente, secondo le elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali. Ciò anche al fine di adeguarne il contenuto alle innovazioni del sistema costituzionale e normativo nel frattempo intercorse». Tuttavia, ciò non toglie che vi sia stato un rafforzamento del valore e della portata del principio di trasparenza(5).

Inoltre, tale continuità non può far ritenere ovvio e superfluo l'espresso riferimento da parte di una legge dello Stato ad un principio generale a cui la p.a. deve informare il suo agire, per la semplice considerazione che la legge e il relativo esplicito richiamo al citato principio adesso ci sono.

Tale esplicito inserimento nel corpus della legge sul procedimento, lungi dal rivestire una mera occasione declamatoria, va apprezzato anche perché consente all'interprete di disporre di un ulteriore parametro valutativo non più di semplice estrazione pretoria e, quindi, per questo potenzialmente destinato a soccombere in un eventuale giudizio di bilanciamento. Insomma, il sopraindicato espresso richiamo non può non orientare l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza verso la piena ed effettiva esplicazione del canone della trasparenza, di fronte al quale gli altri principi regolatori dell'azione amministrativa non potranno porsi in posizione sovraordinata.

Del resto, la circostanza che il principio di trasparenza non rappresenta un fattore di novità, in quanto già da molti anni teorizzato, ed il fatto che solo con la legge n. 15/2005 sia stato espressamente richiamato non possono indurre a giudicare tutto ciò

come superfluo. Anzi, tale circostanza riprova che la trasparenza come prevista dalla legge n. 15/2005 sia il risultato di un iter interpretativo che, a sottolineare l'importanza del concetto, ha trovato una propria positivizzazione normativa.

Ciò porta anche a ritenere non meritevole di accoglimento un isolato orientamento dottrinale propenso a sminuire (se non a svuotare del tutto di significato) la trasparenza: infatti, riportando tale concetto nell'ambito dei principi di legalità e buon andamento e ritenendolo incapace di produrre autonome conseguenze sia sul merito sia sulla legittimità dell'agire amministrativo, tale orientamento arriva a configurare il principio in esame come «una metafora priva di consistenza giuridica»(6).

In effetti, in una dimensione globale - quale quella che caratterizza il presente momento storico - la trasparenza costituisce senza dubbio uno dei principali punti di riferimento a cui la pubblica amministrazione non può non dare un'adeguata risposta in termini di beni, servizi e funzioni attinenti al mondo dell'economia e dei diritti(7).

2. Evoluzione del principio di trasparenza.

Il moderno contesto sociale per definizione necessita di un sistema fortemente ispirato alla trasparenza, in quanto solo in questo modo si può realizzare un'effettiva attività propositiva, partecipativa e di controllo. In effetti, il tasso di democrazia di un ordinamento, che si fonda sulla cosiddetta società dell'informazione, non può che dipendere dalla quota di informazioni che circolano al suo interno e, quindi, dal grado di trasparenza del relativo sistema giuridico.

Più in generale il principio in esame, inteso come visibilità e conoscibilità della politica, dell'amministrazione e, quindi, del potere, costituisce un valore le cui origini sono molto remote, essendo stato riconosciuto fin dai tempi della rivoluzione francese e della dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino(8).

Non è sicuramente questa la sede - attesi i limiti del presente lavoro - per fare un approfondito excursus storico sul principio di trasparenza che, come è ovvio, è rimasto nel più totale oblio soprattutto nei non rari periodi storici di assoluto accentramento del potere. In ogni caso è agli inizi del secolo scorso che si è cominciato a distinguere tra la trasparenza cosiddetta verticale e quella cosiddetta orizzontale.

La prima è funzionale ad un'amministrazione pubblica strutturata gerarchicamente, in cui l'autorità superiore deve sempre essere in condizione di poter verificare l'attività dei sottoposti, mentre gli amministrati non devono essere portati a conoscenza di quanto deciso dall'autorità(9).

La cosiddetta trasparenza verticale si ritiene essere oggi assorbita nei principi di legalità e buon andamento(10).

Invece, la cosiddetta trasparenza orizzontale costituisce uno dei principali risultati del processo di modernizzazione della p.a., per effetto del quale si determina un positivo avvicinamento del cittadino alla macchina burocratica, ponendo il destinatario degli atti non più su un piano subordinato rispetto all'ente, ma in condizione di sostanziale parità(11) e, quindi, in una situazione

tale da poter controllare l'operato della pubblica amministrazione, configurata come una sorta di «casa di vetro»(12).

La cosiddetta trasparenza orizzontale attiene, pertanto, ai rapporti tra p.a. e amministrati, in cui la prima assume un ruolo di interlocutore sostanzialmente alla pari e fortemente responsabilizzato(13): in effetti, il principio generale di correttezza nei rapporti tra p.a. e cittadini fonda e impone l'ineliminabile tutela dell'affidamento dei privati nei confronti dell'esercizio del potere pubblico(14). Ed è proprio in tale contesto che il principio di trasparenza acquisisce a pieno titolo un ruolo di primo piano, ulteriormente potenziato dal continuo sviluppo del progresso tecnologico, che ha attribuito ai mezzi di ricerca e catalogazione delle informazioni della p.a. una potenzialità - che può essere non solo positiva ma anche dannosa - davvero notevole(15). Un valido correttivo a tale potenzialità è costituito proprio dalla massima espressione del principio di trasparenza e cioè dal cosiddetto diffuso controllo democratico sull'esercizio del potere amministrativo(16).

In pratica il principio di trasparenza, fino all'adozione della legge 7-8-1990, n. 241, non aveva ancora ricevuto il formale riconoscimento giuridico che lo avrebbe qualificato come uno dei valori cardine dell'organizzazione e dell'attività amministrativa. Tuttavia, ciò non ha costituito un aspetto di particolare arretratezza: infatti, fino a pochi anni prima, la situazione era comune a tutti i Paesi europei, fatte salve poche eccezioni, in cui, al contrario, la tradizione della trasparenza era già radicata da tempo (si pensi, ad esempio, all'esperienza scandinava e dei paesi anglosassoni). In Europa, quindi, prima che si diffondesse la nuova sensibilità, la cultura amministrativa dominante informava tutta l'attività dell'amministrazione al principio della segretezza: l'area coperta dal segreto amministrativo discrezionale era praticamente indefinita e si estendeva a tutti i casi non diversamente regolati con norme espresse(17).

Nel nostro paese, prima della promulgazione della Costituzione, era prevalso nell'ambito della Assemblea Costituente(18) l'orientamento di chi, negando la rilevanza costituzionale del principio partecipativo, aveva escluso l'esigenza di nominare espressamente la trasparenza quale principio a cui informare l'organizzazione amministrativa: si era sostenuto, tra l'altro, che il diritto dei cittadini a partecipare alla gestione amministrativa, essendo semplicemente presupposto dalla Costituzione all'art. 3 (che attribuisce alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese), risultava genericamente ricompreso fra i diritti concernenti la sovranità popolare, manifestantesi in tutti i settori della vita pubblica, quindi anche nella gestione del potere amministrativo. Tuttavia, la dottrina successiva, sostenendo la necessità non solo di leggere la Costituzione nel suo complesso ma anche di tenere presente sempre e costantemente la «democraticità» che permea la stessa - unico modo per comprendere il vero valore dei principi in essa contenuti(19) -, ben presto è arrivata a sostenere il rango costituzionale della trasparenza, con riferimento ai profili fondamentali dell'ordinamento democratico.

In particolare, costituisce oramai un dato acquisito quello secondo cui la trasparenza ha precisi riferimenti nella Costituzione italiana, potendola ricollegare a tutte quelle disposizioni che garantiscono(20): la sovranità popolare e la democraticità dell'ordinamento inteso come contraddittorio (art. 1) (21); il pieno sviluppo della persona umana (art. 2) (22); l'eguaglianza sostanziale e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica economica e sociale del paese (art. 3, 2° co.)(23); l'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24) e la possibilità di agire in giudizio contro gli atti amministrativi (art. 113)(24); la libertà personale (art. 13) (25); il buon andamento e l'imparzialità della p.a. (art. 97)(26).

In tal senso un ruolo fondamentale è stato ricoperto anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che, soprattutto a partire dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, in ragione della mutata sensibilità sociale, ricollega il principio di trasparenza agli artt. 3, 24, 97 e 113 Cost. Indicativa, in tal senso, appare la sentenza n. 145 emessa in data 8-3-1989 (Pres. Saja, Rel. Caianiello), nella quale la Consulta, in riferimento alla denunciata illegittimità costituzionale dell'art. 27 l. reg. Liguria n. 44/1984, richiama espressamente i «principi di imparzialità e di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., in relazione al principio della trasparenza (...) enunciato dall'art. 4 della legge quadro sul pubblico impiego».
Nella stessa direzione si colloca la pronuncia n. 376 del 13-7-1995 (Pres. Baldassarre, Rel. Chieppa), nella quale, in riferimento alla questione di legittimità dell'articolo unico della l. reg. Toscana 6-4-1989, n. 22(27), rigetta la questione stabilendo che nella norma sottoposta al suo esame «non è ravvisabile violazione dei principi di certezza del diritto, parità di trattamento, corretto andamento dell'attività della pubblica amministrazione, lealtà e trasparenza, di cui agli artt. 3 e 97 Cost.»(28). Inoltre, la Consulta, chiamata a giudicare sulla legittimità dell'art. 142 d.p.r. 15-6-1959, n. 393, come modificato dall'art. 24 legge 24-3-1989, n. 122, con la sentenza n. 311 del 6-7-1994 (Pres. Casavola, Rel. Caianiello), nel rigettare la relativa questione di illegittimità mediante un'interpretazione estensiva della norma, fa esplicito riferimento alle regole di trasparenza in quanto funzionali all'esercizio del diritto di difesa previsto dall'art. 24 Cost.(29). In termini ancora più espliciti la Corte costituzionale con sentenza n. 262 del 18-7-1997 (Pres. Granata, Rel. Chieppa), nel rigettare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, 3 e 7 legge 29-6-1939, n. 1497 (protezione delle bellezze naturali), si rifà nuovamente al «principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali di un ordinamento democratico»(30).

Va poi evidenziata la pronuncia n. 372 del 29-11-2004 (Pres. Onida, Rel. Capotosti) in cui la Corte costituzionale rigetta le questioni di legittimità costituzionale, sollevate in riferimento agli artt. 3, 24, 97 e 113 Cost., dell'art. 54, 1° e 3° co., Statuto della Regione Toscana, nelle parti in cui, rispettivamente, prevedono il diritto di accesso ai documenti amministrativi regionali senza l'obbligo di motivazione ed escludono l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi «meramente esecutivi». Per la

Corte, infatti, la norma che prevede il diritto di accesso, senza obbligo di motivazione, ai documenti amministrativi «si conforma al principio costituzionale di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa ed è altresì del tutto coerente con l'evoluzione del diritto comunitario. Essa dev'essere, tuttavia, interpretata nel senso che la "emananda" legge di attuazione dovrà prefigurare un procedimento che preveda, oltre ad ipotesi di esclusione dell'ostensibilità di documenti amministrativi per ragioni di tutela di situazioni costituzionalmente garantite, anche criteri e modi in base ai quali l'interesse personale e concreto del richiedente si contemperi con l'interesse pubblico del buon andamento dell'Amministrazione, nonché con l'esigenza di non vanificare in concreto la tutela giurisdizionale delle posizioni dei soggetti interessati». Ancora una volta, pertanto, vengono richiamati gli artt. 3, 24, 97 e 113 Cost., quali fondamentali parametri costituzionali del principio di trasparenza(31).

Tale orientamento sembra trovare conferma anche nella sentenza n. 32 del 12-6-2005 (Pres. e Rel. Mezzanotte) con cui la Consulta ha dichiarato infondata, in riferimento agli artt. 3, 24, 76 e 97 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, 10° co., d.lg. 24-2-1998, n. 58, nella parte in cui assoggetta al segreto d'ufficio l'intera documentazione in possesso della Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) in ragione dell'attività di vigilanza(32).

Non meno rilevante è il ruolo ricoperto in questo contesto dal Consiglio dell'Unione europea, che in una evidente ottica di trasparenza ha più volte affermato non solo il diritto di ogni cittadino di ottenere informazioni detenute da autorità pubbliche, da organismi legislativi e da autorità giudiziarie, ma anche la necessità di predisporre correttivi idonei ad assicurare l'accesso all'informazione, prevedendo che i limiti all'esercizio di tale diritto sono quelli relativi alla salvaguardia degli interessi pubblici (sicurezza nazionale, prevenzione del crimine e prevenzione di divulgazione di informazioni confidenziali).

Nello stesso senso si pone la Dichiarazione sul diritto di accesso all'informazione allegata al trattato di Maastricht (ratificato con l. 2-11-1992, n. 454), che evidenzia come «la trasparenza del processo decisionale rafforzi il carattere democratico delle istituzioni, nonché la fiducia del pubblico nei confronti dell'amministrazione», raccomandando misure intese ad accrescere l'accesso del pubblico alle informazioni di cui dispongono le istituzioni. Inoltre, sia nella Convenzione di Aarhus(33) sull'accesso all'informazione, sulla partecipazione del pubblico al processo decisionale e sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, sia nella Dichiarazione sul futuro dell'Unione approvata nel dicembre del 2000 al termine della Conferenza di Nizza, sia nella Dichiarazione di Laeken del 2001 e anche nella successiva Costituzione Europea, il concetto di trasparenza è richiamato (direttamente o indirettamente) più volte.

3. Fondamento e contenuto del principio di trasparenza.

Anche se ai fini del presente studio rileva unicamente la trasparenza afferente alla struttura della p.a. (piano statico) ed alla relativa azione amministrativa (piano dinamico), il termine trasparenza è ampiamente utilizzato - spesso in modo atecnico - nei più diversi ambiti del contesto sociale (politica, stampa, ecc.) e giuridico(34).

In effetti, il principio di trasparenza può essere visto non solo in funzione del rapporto sussistente tra p.a. e amministrati, ma anche di quello esistente tra autorità e cittadini-elettori, con la conseguenza della necessaria predisposizione di appropriate forme di controllo sulle decisioni assunte dalle autorità stesse.

In tale ambito la trasparenza viene inevitabilmente ad involgere i delicati profili che attengono al cosiddetto diffuso controllo democratico della gestione della amministrazione pubblica(35).

La poliedricità della nozione in esame è comunque caratterizzata da un sostanziale fondamento comune: infatti, in qualunque modo venga interpretato ed utilizzato il concetto di trasparenza, alla sua base si pone una sempre presente esigenza non solo di visibilità(36) e chiarezza, ma anche e soprattutto di comprensibilità, intelligibilità e non equivocità(37) (v. infra).

Il ricorso al concetto di trasparenza ha un chiaro scopo: creare le condizioni per limitare al massimo il rischio di organizzazioni o attività sommerse che, nell'ombra, possano pervenire all'indebita soddisfazione di interessi particolari o di gruppo.

La mancanza di trasparenza costituisce il più delle volte terreno di coltura dove possono verificarsi attività illegittime o addirittura illecite: non a caso Kant affermava che «tutte le azioni relative al diritto di altri uomini, la cui massima non è suscettibile di pubblicità, sono ingiuste»(38).

Del resto, è proprio in un contesto di scarsa trasparenza che si registrano più frequentemente all'interno di strutture pubbliche ipotesi di esercizio deviato della funzione. Non vi è dubbio che il modo migliore per garantire il rispetto dei fini istituzionali propri dell'azione amministrativa è costituito dal rendere non solo visibile, ma anche e soprattutto comprensibile da parte di tutti gli interessati l'iter procedimentale attraverso cui la pubblica amministrazione nel singolo caso concreto stabilisce la specifica «regola», rapportando tutti gli interessi coinvolti a quello pubblico: in effetti, è fondamentale che la funzione pubblica risulti «conoscibile ... nei suoi vari svolgimenti e leggibile nei suoi prodotti finali»(39).

Rilevante, a tal fine, è anche la selezione e la formazione dei pubblici dipendenti, assicurandone il necessario distacco dal potere politico ed economico: tale formazione deve essere finalizzata non solo all'acquisizione di competenze tecnologiche, ma anche all'assunzione di un atteggiamento consapevole del valore e degli effetti di una partecipazione attiva e personale all'esercizio di poteri di co-amministrazione. Ciò non potrà non comportare, tanto per i dipendenti quanto per i cittadini, una maggiore responsabilizzazione individuale che arriverà a determinare una maggiore gratificazione sia per il raggiungimento di più alti livelli di efficienza sia per la possibilità di vedere efficacemente soddisfatti i propri bisogni con la consapevolezza di aver dato un attivo contributo all'esercizio dei poteri di regolazione sociale di spettanza della p.a.

Compete a quest'ultima ed in particolare agli enti locali in virtù della loro posizione privilegiata, promuovere l'acquisizione di questa sensibilità diffusa alla comunicazione che dia concreta efficacia agli strumenti per l'accesso e la partecipazione, al fine di rendere possibile, attraverso il dialogo costante tra società e apparato amministrativo, riforme che non rappresentino sempre delle fratture rispetto al passato (spesso difficilmente assimilabili e di scarsa efficacia), ma una evoluzione graduale e continua conseguente agli input provenienti dall'ambiente. In difetto di ciò diventano scarsamente utili persino gli strumenti di comunicazione più innovativi, ma soprattutto si impedisce all'amministrazione pubblica di affrancarsi dalla tradizionale immagine di apparato improduttivo e inefficiente, per assurgere finalmente al rango di soggetto promotore di sviluppo sociale.

Oltre che la formazione dei pubblici dipendenti, è fondamentale anche la consapevolezza da parte di questi ultimi di essere controllati nell'esercizio della funzione amministrativa: ciò indubbiamente costituisce il sistema più efficace per evitare il realizzarsi di fini antigiuridici.

Tale obiettivo può essere perseguito a condizione che sia soddisfatta un'esigenza non solo di immediata visibilità, ma anche e soprattutto di comprensibilità: si pensi, infatti, alla possibilità di venire a diretta conoscenza, attraverso l'istituto del diritto di accesso(40), di una serie di documenti dal contenuto oscuro e quindi non intelligibile, posti a fondamento dell'adozione di un provvedimento amministrativo. In questi casi avere la possibilità di accedere e, quindi, di visionare una serie di atti dal contenuto criptico e non comprensibile da parte dell'accedente, pone quest'ultimo sostanzialmente nella stessa posizione del soggetto che a tale documentazione non è proprio consentito l'accesso(41).

Pertanto, coessenziale ai fini della nozione di trasparenza è il soddisfacimento non solo (e non tanto) della relativa esigenza di visibilità, ma anche (e soprattutto) di quella di comprensibilità e intelligibilità(42), mediante - ad esempio - rappresentazioni multimediali o immagini accompagnate da spiegazioni chiare e puntuali.

Inoltre, è importante rilevare che il principio di trasparenza opera su un duplice piano.

Sotto un primo profilo esso costituisce un risultato cui deve necessariamente tendere il legislatore a tutti i livelli dell'ordinamento giuridico. Sotto un secondo profilo il principio in esame si configura «come ciò che riassume un modo di essere e un modo di agire dell'amministrazione, come il risultato al cui raggiungimento cospirano e concorrono istituti diversi»(43).

Del resto, il soddisfacimento di tali esigenze sia sul piano strutturale sia sul piano dinamico è funzionale anche al rispetto dei principi di imparzialità, di buon andamento e di legalità. In effetti, la trasparenza costituisce una qualità specifica dell'amministrazione, un modo di essere e di agire(44) «necessario«, che cioè la deve caratterizzare in maniera imprescindibile(45) tanto nella sua organizzazione quanto nella sua azione(46). In altri termini, la trasparenza può essere considerata non solo punto di confluenza dei principi giuridici positivi, sanciti costituzionalmente, dell'azione amministrativa (buon andamento, imparzialità, principio di legalità sostanziale e partecipazione democratica)(47), ma anche il presupposto indispensabile affinché l'esercizio della funzione amministrativa possa conseguire ogni volta il

fondamentale obiettivo dell'individuazione di un valido equilibrio tra garanzie rivolte ai cittadini ed efficacia nel soddisfacimento del bene collettivo(48). Non a caso si è affermato che la trasparenza costituisce «il parametro cui commisurare lo svolgimento dell'azione delle figure soggettive pubbliche»(49) e, quindi, il risultato stesso di questa azione: insomma, la trasparenza - come diritto del cittadino alla comprensione dell'attività amministrativa - «fonda il proprio necessario presupposto in un'amministrazione che rinviene nella comunità la propria fonte di legittimazione e si pone al suo servizio: per questa ragione essa è obbligata ad assumere modelli organizzativi e forme comportamentali lineari, semplici, comprensibili e certi»(50).

4. Trasparenza e pubblicità.

Come emerge da quanto innanzi accennato, la trasparenza, con i suoi connaturati profili intrinseci di chiarezza e comprensibilità, ha una valenza tale da essere rapportabile a diversi principi costituzionali (su cui v. retro par. 2) e da concretizzarsi in fondamentali valori cui uniformare non solo la struttura, ma anche l'azione della pubblica amministrazione.

Tale ricostruzione trova conferma anche nella giurisprudenza amministrativa, che ricollega la trasparenza non solo ai principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità, ma anche al principio di effettività della tutela giurisdizionale ed alla necessità di evitare da parte della p.a. comportamenti che possano generare equivoci negli amministrati.

In effetti, dal principio di trasparenza deriva anche l'obbligo per la pubblica amministrazione di rispettare le fasi in cui è scandito il procedimento, in vista di un equo bilanciamento tra gli interessi in conflitto.

In definitiva, la valenza assiologica della figura in esame è tale da riguardare tutti i diversi aspetti della p.a., percorrendo in modo trasversale istituti a volte profondamente diversi tra loro (su cui v. infra), ma accomunati dal fatto di concorrere in varia misura al (e, quindi, di essere espressione del) principio di trasparenza.

Se, pertanto, quest'ultimo si pone come valore contenutisticamente ben delineato e idoneo ad orientare le scelte della p.a., esso si distingue nettamente dalla nozione di pubblicità(51): infatti, quest'ultima - intesa in contrapposizione con la segretezza - ha, per così dire, una valenza neutra, nel senso che rappresenta semplicemente un mero stato dell'atto, dell'organizzazione o del procedimento amministrativo, non dotato di una propria portata assiologica, costituendo unicamente lo strumento (necessario ma non sempre sufficiente) per garantire il rispetto - nel singolo caso concreto - del principio di trasparenza.

Anche nella Relazione della I Commissione permanente affari costituzionali del 6-11-2003 si sottolinea che il principio in esame è cosa ben diversa rispetto al principio di pubblicità: si è affermato che sotto certi profili la trasparenza costituisce l'aspetto sostanziale della pubblicità(52). A conferma della sopraindicata distinzione tra il concetto di trasparenza e quello di pubblicità può essere sufficiente far riferimento alla già accennata ipotesi di accesso ad atti amministrativi che, all'esito dell'accesso stesso, risultino oscuri ed equivoci e, quindi, per nulla chiari nel loro significato(53).

Ciò dimostra che il principio di pubblicità non corrisponde e non assicura necessariamente il rispetto del principio di trasparenza, il quale - come detto in precedenza - non si traduce unicamente in profili attinenti alla mera visibilità, ma va ben oltre e cioè fino ai ben più rilevanti profili della comprensibilità ed intelligibilità (anche attraverso strumenti tecnologici).
È stato autorevolmente evidenziato che la netta differenziazione tra i concetti di trasparenza e pubblicità è confermata pure dall'ipotesi della gara d'appalto con base d'asta segreta: infatti, in tale caso per definizione manca la pubblicità, ma non la trasparenza, in quanto il rigoroso mantenimento del segreto sulla base d'asta è il presupposto indefettibile per una gara «trasparente»(54).

Si pensi ancora ai bandi di concorso pubblicati formalmente in modo ineccepibile, ma nel mese di agosto al chiaro fine di limitare la conoscibilità e, quindi, la partecipazione al concorso stesso: in questa ipotesi, se non può muoversi alcun rilievo giuridico sotto il profilo della pubblicità, lo stesso non potrebbe dirsi sotto quello della trasparenza che, di fatto, potrebbe risultare compromessa.

5. Trasparenza, segretezza e occultamento.

Se la trasparenza si distingue dalla pubblicità, che si contrappone alla segretezza, quest'ultima a sua volta si trova in rapporto non di contrasto ma di compatibilità con la trasparenza.
Infatti, una secretazione adeguatamente procedimentalizzata a norma di legge e funzionalizzata alla tutela di interessi di rilevanza costituzionale, è sicuramente compatibile col principio di trasparenza, in quanto in tal modo - e cioè rispettando il principio di legalità - risultano chiari i criteri da seguire e le relative finalità(55).

In effetti, in questo modo si finisce col rendere trasparente la secretazione, delineando in maniera chiara ed univoca la linea di confine tra ciò che può essere portato a conoscenza e ciò che deve rimanere segreto. In tali casi il segreto è funzionalmente collegato alla trasparenza, costituendone uno «snodo» essenziale.
Non vi è dubbio che proprio il segreto sia un aspetto insostituibile di qualsiasi ordinamento, rappresentando in tal senso una vera e propria garanzia di democraticità in considerazione del fondamentale ruolo ricoperto nella tutela degli interessi pubblici e privati. Tuttavia, è stato evidenziato che l'area della segretezza vede «ridotto il proprio ambito di operatività a fronte dello sviluppo delle nuove tecnologie dell'informatica e della comunicazione, che certo rafforzano il movimento di circolazione delle informazioni»(56).

La compatibilità tra trasparenza e segretezza trova riscontro anche nella circostanza che la prima può avere nei confronti della seconda funzione di garanzia, come nell'ipotesi della tutela della riservatezza(57): in effetti, se la p.a. oppone - nel rispetto del principio della legalità - il segreto sulle informazioni in suo possesso, cioè è

strumentale alla tutela di un interesse protetto dall'ordinamento, quale - ad esempio - la privacy(58). Conseguentemente, si deve privilegiare il segreto tutte le volte in cui la divulgazione di informazioni in possesso dell'amministrazione pubblica può determinare, relativamente all'interesse del soggetto a cui fanno riferimento tali informazioni, un sacrificio eccessivo e non proporzionato in rapporto all'interesse del soggetto che chiede di accedere alle informazioni stesse(59).

Da quanto innanzi esposto si evince che il contrario della nozione di trasparenza va individuato non nella segretezza ma nell'occultamento, il quale può derivare tanto da profili organizzativi e procedurali inidonei a garantire la trasparenza, tanto da dolose architettazioni finalizzate a favorire determinati interessi di un singolo o di un gruppo di potere. Duplice, pertanto, è la forma che può assumere l'occultamento: la prima deriva da condizioni oggettive legate ad aspetti organizzativi e procedurali caratterizzati da una intrinseca inadeguatezza a soddisfare l'esigenza di trasparenza.

La seconda forma di occultamento è indubbiamente la più grave, in quanto presuppone una volontà diretta specificamente ad alterare in modo doloso la realtà dei fatti, al fine di favorire la prevalenza di determinati interessi, che, senza quella subdola alterazione, sarebbero risultati soccombenti rispetto ad altri(60). Non di rado tale occultamento è il precipitato di forme di condizionamento locale che fanno emergere la valenza, per così dire, relativa della trasparenza, nel senso che questa può trovare maggiore applicazione a livello, ad esempio, di enti intermedi rispetto agli enti locali.
Si pensi ai non rari casi in cui singoli individui o gruppi di potere riescono a corrompere amministratori pubblici o comunque a determinare situazioni di collusione.
Si pensi anche alle più gravi ipotesi di condizionamento di un'amministrazione pubblica locale per effetto di infiltrazioni da parte della criminalità organizzata.
In questi casi è evidente che si assiste ad un totale stravolgimento della funzione amministrativa, di fatto strumentalizzata per il perseguimento di obiettivi che nulla hanno in comune con i canonici fini istituzionali: infatti, in tale contesto l'unico interesse che predomina e prevarica tutti gli altri è quello facente capo al criminale gruppo di potere.
È evidente che in questo ambito non ha alcun senso parlare di trasparenza: così, ad esempio, solo esteriormente può sembrare trasparente un appalto di lavori pubblici in un ente locale oggetto di infiltrazioni malavitose.

È inevitabile che in tale ambito già si sappia chi vincerà una determinata gara di appalto prima ancora del relativo bando e nonostante che esteriormente risultino applicate da un punto di vista formale le regole poste a garanzia del rispetto dei principi di trasparenza, di buon andamento ed imparzialità della pubblica Amministrazione. Tuttavia, in tale contesto di occultamento doloso, anche se è fuorviante parlare di trasparenza, il provvedimento amministrativo - proprio perché quest'ultima esteriormente e da un punto di vista formale appare rispettata -

paradossalmente risulta privo di profili di illegittimità con conseguente preclusione di interventi caducatori da parte del giudice amministrativo.

In effetti, nelle ipotesi in precedenza prospettate si è in presenza di un'affezione patologica che ha una caratteristica tutta peculiare: quanto più è grave e ben congegnato l'occultamento doloso, tanto più questo riesce a sfuggire al potere di annullamento del giudice amministrativo legato a ben noti profili di natura formale. Né può attenuare tale situazione l'ampliamento del sopraindicato potere per effetto dell'estensione del sindacato sull'eccesso di potere: infatti, note vicende giudiziarie anche recenti hanno dimostrato che quanto più è elevato il condizionamento di un ente locale da parte, ad esempio, della criminalità organizzata, tanto più alta e raffinata è la capacità di far apparire all'esterno il formale rispetto delle regole e, quindi, della trasparenza. È di tutta evidenza la necessità di un accertamento che sia capace di non fermarsi all'esteriorità del formale provvedimento amministrativo, ma che vada a verificare il concreto rapporto sottostante. In altri termini, qui si impone un controllo particolarmente incisivo ed invasivo, che non rientra nell'armamentario tipico del giudice amministrativo ma in quello del giudice penale: purtroppo, non sono affatto rari i casi in cui indagini giudiziarie, magari anche attraverso elaborate operazioni di intercettazioni telefoniche ed ambientali, fanno emergere squallidi fenomeni di vera e propria mercificazione della funzione amministrativa.

Quante volte l'esperienza giudiziaria ha dimostrato che provvedimenti amministrativi all'apparenza ineccepibili da un punto di vista formale, sono risultati essere - da conversazioni telefoniche intercettate - il corrispettivo di tangenti pagate a volte secondo «tariffe» predefinite e standardizzate. Ebbene, tali fenomeni, se non scoperti mediante adeguate tecniche investigative, possono rimanere indefinitamente nel sommerso, con la conseguenza di far apparire all'esterno trasparente i provvedimenti amministrativi che costituiscono il terminale di quei fenomeni patologici e criminosi.

Non vi è dubbio che in tali evenienze gli strumenti di cui è in possesso il giudice amministrativo non risultano efficaci, a differenza di quelli del giudice penale che dispone - per così dire - di un più incisivo punto di osservazione e di una più penetrante lente di ingrandimento. Da ciò si evince che un fondamentale pilastro su cui si poggia la trasparenza amministrativa non può che essere il controllo del giudice penale, senza il quale - almeno limitatamente all'occultamento doloso - la trasparenza finisce per essere una mera illusione.

Ciò comporta che la prima condizione necessaria perché possa dirsi rispettato il principio di trasparenza è data dalla assenza di fenomeni criminogeni che incancreniscano alle radici il provvedimento amministrativo.

Completamente diversa è la situazione che si presenta nell'ambito dell'altra sopraindicata meno grave forma di occultamento, quella, cioè, derivante da oggettive circostanze relative ad aspetti organizzativi e procedurali intrinsecamente inidonei a garantire il rispetto del principio di trasparenza (ad esempio, funzioni distribuite male ed in modo equivoco tra vari organi). In questo caso - diversamente da quello precedente in cui il principale strumento di emersione e, quindi, di tutela della

trasparenza è costituito dalle forze dell'ordine e dal giudice penale - un ruolo di assoluta centralità è ricoperto dal giudice amministrativo, cui è istituzionalmente demandato il compito di eliminare quelle situazioni di obiettiva incertezza ed equivocità che lasciano inappagata la fondamentale esigenza di trasparenza.

6. I presupposti della trasparenza amministrativa.

a) In relazione al profilo statico dell'organizzazione della p.a.

Al fine di distinguere tra profilo statico e quello dinamico è proprio la sopraindicata chiarezza ed univocità della distribuzione di funzioni (attribuite ad organi) a costituire un primo ed indefettibile presupposto della trasparenza amministrativa, presupposto che trova un esplicito riferimento all'interno dell'art. 97, 2° co., della Carta fondamentale.

La trasparenza, pertanto, finisce in questo caso col costituire l'interfaccia del principio di buon andamento, mantenendo comunque la propria autonomia, che, anzi, esce rafforzata dal riferimento costituzionale: ciò costituisce ulteriore conferma del fatto che la trasparenza si pone come principio trasversale ed autonomo che può riferirsi a tutti i diversi ambiti dell'azione amministrativa. In ogni caso, il succitato innegabile collegamento con l'art. 97 Cost. attribuisce un significato ancora più pregnante e una valenza ancora più marcata non solo all'efficacia vincolante ma anche all'esigenza del rispetto del principio di trasparenza, esigenza indubbiamente accresciuta dall'eccessivo ricorso negli ultimi anni al fenomeno della delegificazione in materia di organizzazione amministrativa.

Inoltre, il cosiddetto federalismo amministrativo, se da un lato ha consentito di aumentare la duttilità e l'elasticità della macchina amministrativa, dall'altro, attuando in buona sostanza una forma molto ampia di decentramento e conseguentemente una frammentazione del potere pubblico tra una molteplicità di enti e soggetti, ha sotto alcuni profili ridotto il tasso di chiarezza ed univocità delle competenze: ne è riprova l'espansione della giurisprudenza costituzionale in materia di conflitti di attribuzione.

L'effettivo rispetto del principio di trasparenza da parte della pubblica amministrazione presuppone anche che vengano offerte, tramite adeguate strutture a ciò preposte e salvo l'ovvio limite della riservatezza, tutta una serie di informazioni, sia agli altri settori dell'amministrazione pubblica sia ai cittadini, sulle finalità di volta in volta perseguite, sulle modalità di intervento, sull'attività in itinere e sui relativi provvedimenti, documenti ed atti.

Tali informazioni possono essere diffuse anche mediante opuscoli, che ogni amministrazione può offrire, contenenti indicazioni sui servizi, programmi ed attività della struttura: comunque, tale tipo di informazione è più confacente ad ambiti territoriali non particolarmente vasti. Non vi è dubbio che un contributo determinante alla diffusione delle sopraindicate informazioni proviene dallo sviluppo dell'informatica e dal fiorire delle nuove tecnologie (su cui v. infra par. 7), che consentono ai diversi uffici della pubblica amministrazione di attingere in maniera veloce e completa le informazioni, favorendone il rapido accesso anche ai cittadini(61).

Tuttavia, il ricorso all'informatica e la sua correlazione col diritto di accesso hanno sempre sollevato il problema dell'ampiezza della discrezionalità amministrativa, che di certo non può essere del tutto eliminata, in quanto funzionale alla stessa struttura amministrativa. In particolare, si è posto il problema della sindacabilità della discrezionalità tecnica sotto il profilo della razionalità delle scelte(62).

Come è noto, la legge n. 15/2005 ha fissato rigorosi parametri in materia di diritto di accesso, anche perché lo sviluppo dell'informatica ha reso più pressanti le esigenze di riservatezza di fronte all'accesso alle banche dati dell'amministrazione.

In tale contesto il principio di trasparenza presuppone l'esistenza di organismi idonei ad assicurarne l'effettività. In questo senso va vista la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 27 legge n. 241/1990 e succ. mod. integr. o, ancora, la creazione di autorità indipendenti, che rivestono un rilevante ruolo nella tutela della trasparenza: in effetti, senza il controllo di appositi organismi il diritto di accesso potrebbe diventare privo di contenuti.

Ai fini della realizzazione della trasparenza è indubbia l'utilità - tra l'altro - degli uffici di relazione con il pubblico (su cui v. infra): in definitiva, tutta la p.a. deve sempre più strutturarsi e modularsi in funzione del raggiungimento di questo fondamentale obiettivo(63). Si tratta di un nuovo stile dell'amministrazione pubblica, che si traduce, in pratica, in nuovi modelli amministrativi (v. infra).

Non è, comunque, facile individuare il sistema migliore per soddisfare tale esigenza: sta di fatto che il punto di partenza non può non essere il rispetto del principio della univocità e chiarezza delle attribuzioni degli organi pubblici, mentre il punto di arrivo è auspicabile che sia un modello di un'amministrazione che poggi le sue fondamenta sul coordinamento tra le varie autorità, sulla collegialità e sulla direzione per obiettivi. In altri termini, tale modello di amministrazione deve bilanciare il buon andamento con la trasparenza e con il risultato programmato ed, inoltre, deve necessariamente essere dotato di risorse umane e strutture in grado di poter adeguatamente perseguire gli obiettivi programmati (v. infra). Da tutto ciò non può che derivare non solo un'amministrazione più chiara, più soggetta a regole predeterminate e, pertanto, più trasparente, ma anche una minore personalizzazione delle funzioni - in ragione di una trasparente ed inequivocabile distribuzione delle competenze - e, quindi, minori possibilità di occultamento.

b) In relazione al profilo dinamico dell'agire amministrativo.

Se si sposta l'analisi dal profilo statico della pubblica amministrazione a quello dinamico (afferente, cioè, al suo agire), anche in questo caso il concetto di trasparenza si traduce evidentemente in chiarezza, univocità, intelligibilità: in particolare, relativamente al sopraindicato profilo dinamico, il principio in esame vuol dire comprensibilità e, quindi, possibilità di dar conto in ogni momento sia delle fasi in cui si è articolato il procedimento amministrativo, sia dei criteri seguiti nell'accertamento e nella valutazione dei fatti e degli interessi eventualmente in conflitto, sia del contenuto dell'atto finale che deve essere a sua volta chiaro e univoco(64).

In altri termini, la comprensibilità rappresenta un valore irrinunciabilmente rivolto a consentire, non solo agli interessati al procedimento, ma a tutti i cittadini, un controllo sociale sull'attività amministrativa(65): la comunità degli amministrati, in sostanza, deve essere messa in grado di conoscere il modo in cui la funzione pubblica viene esercitata dagli organi a ciò deputati. Il meccanismo, pertanto, è chiaro: la trasparenza è senz'altro funzionale ad una efficace partecipazione al procedimento. A sua volta la partecipazione contribuisce a rendere ulteriormente chiaro e razionale l'intero procedimento, in un contesto che in un certo senso si autoalimenta: il principio di trasparenza, pertanto, finisce col potenziarsi grazie alla funzionale partecipazione dei consociati(66).

Trasparenza e partecipazione, quindi, contribuiscono a rendere corretta ed adeguata la decisione finale, in cui convergono interessi pubblici e privati in vista del raggiungimento del bene comune: in altri termini, la scelta amministrativa non è più appannaggio esclusivo dell'apparato burocratico, ma è il prodotto del corretto bilanciamento di una serie di fattori nell'ambito dei quali trasparenza e partecipazione ricoprono senza dubbio un ruolo di primo piano(67). In particolare, la partecipazione implica un'aspettativa da parte dell'interessato e l'atto conclusivo del procedimento deve dar conto delle valutazioni operate anche in ordine ai dati di fatto e di diritto prospettati da quanti sono legittimamente intervenuti nel procedimento stesso.

In effetti, nell'atto conclusivo di quest'ultimo si fa in un certo senso il punto della situazione, riportando le decisioni assunte nelle varie fasi. Ciò induce a ritenere che la partecipazione vada anticipata al massimo livello possibile, proprio per ampliare la trasparenza e per garantire un utile contributo dei privati alle scelte amministrative(68). In questa prospettiva potrebbe essere di notevole importanza l'introduzione generalizzata di forme di partecipazione anche nella fase programmatoria(69).

Sotto il profilo della trasparenza, la partecipazione nella fase della programmazione accentua ancora di più gli effetti positivi del controllo sociale sull'attività amministrativa. Ciò costituisce un aspetto particolarmente rilevante anche in considerazione della circostanza che in sede di elaborazione di programma, proprio perché è più alto il tasso di discrezionalità attribuito all'Amministrazione, si possono verificare più spesso pressioni o condizionamenti di parte. In altri termini, è proprio nella delicata fase della programmazione che con maggiori probabilità possono verificarsi pericolose distorsioni dell'azione amministrativa per effetto di pressioni da parte di lobbies più o meno potenti, in funzione del raggiungimento di interessi contrastanti con quelli pubblici.

Tale rischio può essere contenuto attraverso strumenti utilizzabili nella stessa sede di elaborazione dei programmi: infatti, la trasparenza nella programmazione - conseguente ad una incisiva partecipazione degli amministrati nella definizione degli

obiettivi dell'azione amministrativa - può evitare il perseguimento di fini solo parzialmente corrispondenti alla funzione pubblica della p.a.

Pertanto, in tale contesto un efficace strumento di difesa preventiva è rappresentato proprio da una partecipazione dei cittadini anticipata fin al momento della fase programmatoria, in modo tale da creare un adeguato contrappeso ai gruppi di pressione(70).

7. I fattori che ridimensionano e quelli che favoriscono la trasparenza amministrativa: la cosiddetta trasparenza elettronica.

Se da un lato il continuo progresso tecnologico ed informatico ha contribuito a dare una nuova e più incisiva valenza alla trasparenza amministrativa, dall'altro lato non può sottacersi l'esistenza di fattori che in un certo senso ne determinano un ridimensionamento(71).

Può sembrare paradossale ma un primo fattore di tal genere è costituito proprio dal diritto di accesso non perché in contrasto col principio in esame, ma perché, nell'interpretazione fornita negli anni da dottrina e giurisprudenza, la trasparenza ha finito spesso per essere ridotta - con conseguente svilimento della sua portata assiologica - quasi esclusivamente al diritto di accesso. Quest'ultimo, quantunque utile alla realizzazione del principio in esame, non può costituire lo «strumento centrale di garanzia della sua attuazione, anche in ragione della sua episodicità e della sua attuale riferibilità a documenti ed atti già perfezionati»(72).

Del resto, anche se è diffusa in dottrina l'opinione che identifica nel diritto di accesso ai documenti amministrativi una delle principali espressioni del principio in esame(73), tale relazione non può essere enfatizzata, in quanto ciò presuppone un'inaccettabile equipollenza (v. retropar. 4) tra i concetti di trasparenza e pubblicità(74).

Insomma, se è vero che trasparenza non è solo diritto di accesso, è altrettanto vero che il principio in esame non può non essere anche diritto di accesso: in altri termini, non è sufficiente una «casa di vetro» che dall'esterno sia visibile, è necessario anche - per così dire - potervi entrare dentro.

Soprattutto in passato si riteneva che, una volta soddisfatto il diritto di accesso, previa richiesta dell'interessato, doveva ritenersi appagata anche l'esigenza di trasparenza. Tuttavia, limitare quest'ultima al semplice diritto di accesso significa ridurre un'esigenza generale, quella afferente alla conoscibilità dell'azione amministrativa, ad un interesse individuale. In altri termini, rapportare la trasparenza solo al diritto di accesso significa che solo alcuni, e cioè i portatori di una situazione giuridicamente rilevante e legittimante all'accesso, possono beneficiare degli effetti della trasparenza e svolgere quel controllo sociale che, invece, deve essere prerogativa di tutta la collettività dei cittadini. Inoltre, nonostante le riforme di quest'ultimi anni non può dirsi che il diritto di accesso riesce sempre ad assicurare una esaustiva tutela degli interessi deboli(75).

Nell'ambito di tale contesto le nuove tecnologie ricoprono un ruolo fondamentale: infatti, nella società dell'informazione l'utilizzo dell'informatica e dei moderni strumenti tecnologici può consentire lo sviluppo delle notevoli potenzialità insite nel principio di trasparenza, sia sotto l'aspetto più classico e tradizionale dell'accezione, sia nelle nuove forme del mondo globalizzato. Nell'attuale scenario l'avanzato punto di approdo delle moderne tecnologie, se da un lato ha determinato forme invasive della privacy, imponendo una più puntuale regolamentazione tesa a contemperare le esigenze di riservatezza e quelle di trasparenza, dall'altro lato sembra indurre a fare un passo in avanti nella corretta e concreta applicazione del principio in esame: infatti, è possibile collocare accanto alla cosiddetta trasparenza tradizionale - la quale, pur avvalendosi delle nuove tecnologie, non opera un cambiamento strutturale di principi, regole, meccanismi ed istituti - una dimensione radicalmente nuova, che potrebbe essere definita «trasparenza elettronica»: si pensi alle affascinanti prospettive delle cosiddette amministrazioni digitali(76).

L'inarrestabile corsa del progresso tecnologico ha comportato una sempre maggiore applicazione delle tecnologie informatiche nell'organizzazione e nell'attività della pubblica amministrazione(77): ciò ha contribuito in maniera considerevole a colmare la distanza fra i gestori della cosa pubblica ed il cittadino, col perseguimento del duplice obiettivo della trasparenza e dell'efficienza nel pieno rispetto del dettato costituzionale. Le origini di tale fenomeno si possono far risalire agli anni '60 del secolo scorso, quando cominciava a nascere l'attenzione verso le possibilità offerte dall'impiego diffuso degli elaboratori elettronici: già allora, infatti, erano state percepite le ampie potenzialità dei mezzi informatici ai fini della raccolta, elaborazione, conservazione e distribuzione dei dati amministrativi. Tuttavia, benché fosse già percepita - anche a livello legislativo - l'opportunità di una forte semplificazione dei procedimenti (è significativa la l. 4-1-1968, n. 15), la concezione allora dominante del procedimento come di un susseguirsi di atti senza rilevanza esterna impediva lo sviluppo dell'informatizzazione: difatti, la prima fase del processo di automazione, al solo scopo di alleggerire il lavoro umano, si era limitata unicamente alla meccanizzazione di quelle attività che non richiedessero esercizio di discrezionalità.

In pratica negli anni '60 il settore dell'informatica pubblica(78) era contraddistinto da un fenomeno di crescita spontanea che, a causa delle limitate tecnologie disponibili e della scarsità di risorse per la gestione e l'aggiornamento degli apparati, si sviluppava in maniera parziale, generando un complesso di sistemi chiusi, all'interno dei quali le singole amministrazioni costituivano unità autonome(79). È solo con gli anni '70 che l'esigenza di integrare i vari sistemi informativi delle amministrazioni pubbliche viene recepita concretamente: non a caso M. S. Giannini nel suo Rapporto sui problemi dell'Amministrazione auspicava la creazione di un «Centro per i sistemi informatici delle Amministrazioni Pubbliche». Tuttavia, per attuare tale indicazione bisogna attendere il d.p.c.m. 15-2-1989(80), che ha istituito il Dipartimento per la Funzione Pubblica, con importanti compiti sia di programmazione degli obbiettivi strategici dell'informatizzazione sia di coordinamento nel processo di acquisizione dei sistemi

informatici - ai fini della standardizzazione e dell'innovazione tecnologica - sia di verifica della congruenza rispetto ai programmi.

La spinta all'integrazione e alla interconnessione dei sistemi è stata favorita anche da una più accentuata tendenza al miglioramento della qualità dell'azione amministrativa non solo in termini di trasparenza, efficienza, efficacia, accessibilità delle informazioni, semplificazione e riduzione dei tempi di lavoro, ma anche in termini di prestigio e gratificazione professionale degli operatori(81). In tal senso si è acquisita la piena consapevolezza delle grandi potenzialità dei mezzi informatici in ordine al perseguimento delle sopraindicate finalità, e in particolare come strumenti capaci di incrementare il grado di trasparenza dell'ordinamento(82).

Con le leggi di riforma degli anni '90 per la prima volta si è fatto ricorso ai mezzi informatici non solo per esigenze di efficienza interna, organizzativa ed economica, ma come strumento «ordinario» per lo svolgimento dell'attività amministrativa, nell'ambito di un quadro normativo omogeneo che, attribuendo un ruolo fondamentale al processo di informatizzazione, ridisegna il rapporto tra cittadini e amministrazione in un'ottica di efficienza, semplificazione e trasparenza.

Comincia, così, a delinearsi il concetto di amministrazione telematica o virtuale, oggi più propriamente definito «e-government», con cui si indica il processo di informatizzazione delle amministrazioni pubbliche, quando esso non sia diretto al mero ammodernamento tecnologico ma sia univocamente finalizzato al miglioramento dei servizi finali e, in definitiva, della vita democratica del Paese(83).

In questo periodo la normativa fondamentale in tema di automatizzazione delle amministrazioni è rappresentata dal d.lg. n. 39 del 12-2-1993, adottato in attuazione della delega contenuta nella legge n. 421/1992 con cui era stato conferito al Governo il potere di effettuare la revisione della normativa in materia, ai fini del completamento del processo di informatizzazione e del più razionale utilizzo dei sistemi informativi automatizzati(84). Con tale decreto si è, tra l'altro, proceduto ad istituire l'AIPA(85), proprio per assicurare uno sviluppo del processo di informatizzazione conforme agli interessi generali e alle esigenze di servizio delle pubbliche amministrazioni(86). Non meno rilevante, poi, nel sopraindicato decreto è la disposizione secondo cui, ai fini della trasparenza amministrativa(87), «gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati» (art. 3, 1° co.), con l'obbligo di indicare la fonte e il responsabile dell'immissione, riproduzione, e trasmissione dei dati che avvengano mediante sistemi informatici e telematici (art. 3, 2° co.).

In effetti, il concetto di atto amministrativo elettronico non è stato introdotto nell'ordinamento ex novo dal d.lg. n. 39/1993, in quanto la legge n. 241/1990 aveva già ricompreso nell'ampia definizione di documento amministrativo, anche le rappresentazioni «elettromagnetiche« del contenuto di atti formati dalle pubbliche amministrazioni o utilizzati ai fini dell'attività amministrativa (art. 22, 2° co.), intuendo la necessità di disciplinare, attraverso i regolamenti sull'esercizio del diritto di accesso, anche l'accesso ai dati raccolti mediante strumenti informatici, nel rispetto dei limiti imposti dall'art. 24, 2° co.(88).

Si può affermare che la legge n. 241/1990 e le leggi di riforma amministrativa che l'hanno seguita, hanno assegnato un ruolo centrale all'informazione, coerentemente con l'evoluzione sociale ed economica che oggi fa dell'informazione stessa il bene primario dei processi produttivi, sia simbolici che materiali. In base a questo schema, l'attività della p.a. deve essere definita in termini di informazioni acquisite e informazioni cedute, nell'ambito di un processo circolare e continuo che coinvolge direttamente l'ente operante, i cittadini e le altre amministrazioni e dal quale deriva, attraverso l'elaborazione delle informazioni reperite, l'atto amministrativo.

In tale contesto l'importanza dell'informazione non si ferma al processo produttivo, ma si concretizza anche nella possibilità che essa sia immagazzinata e conservata, dando vita ad un patrimonio informativo riutilizzabile e, soprattutto, condivisibile: in questo specifico profilo risiede il valore degli strumenti tecnologici che permettano un'efficace archiviazione e reperimento delle informazioni.

Infatti, acquisire continuamente informazioni e immetterle nel sistema, è certamente più costoso, in termini sociali ed economici, che elaborare dati già posseduti.

Da ciò si evince l'importanza non solo dell'interconnessione e dell'integrazione fra i sistemi, ma anche della creazione di un'unica banca dati accessibile a tutti i settori della p.a.

Per ottenere una rapida ed efficacia attuazione di quanto in precedenza indicato si è resa necessaria un'opera di omogeneizzazione della enorme mole di informazioni e dati in possesso della pubblica amministrazione(89).

Proprio al chiaro scopo di attuare questa importante opera di accorpamento è intervenuto il legislatore ordinario che con l'art. 50 d.p.r. n. 445/2001 (testo unico sulla documentazione amministrativa), nell'imporre alle pubbliche amministrazioni di rivedere i propri sistemi informatici(90), ha dato il via al «protocollo informatico» quale nuovo modo di intendere la gestione dei dati da parte dei singoli uffici delle amministrazioni(91). Il legislatore ha inteso stabilire, mediante il protocollo informatico, un canale comune fra i diversi uffici della pubblica amministrazione, in modo tale da mettere in comune le informazioni possedute da ciascuno, evitando inutili duplicazioni e consentendo a ciascun ufficio, mediante gli strumenti telematici, di pervenire immediatamente ai dati di proprio interesse, sebbene materialmente custoditi presso un altro ufficio(92).

È di tutta evidenza la notevole importanza di tale innovazione(93), fondata su una totale rimeditazione dello stesso concetto di materialità e sull'abbandono del cartaceo con sua conseguente riconversione nelle più agili forme digitali, essendo questo l'unico modo per far circolare le informazioni in maniera quasi istantanea, con chiari vantaggi in termini di trasparenza e di azzeramento dei costi di trasmissione(94).

In effetti, con la predisposizione di un protocollo unico si è mirato ad un obiettivo doppiamente efficace, ossia l'abbattimento dei costi connessi alla protocollazione successiva di uno stesso documento, ed una gestione maggiormente trasparente e celere dei procedimenti amministrativi relativi a ciascun documento pervenuto nella sfera di conoscenza della pubblica amministrazione(95).

Altra rilevante innovazione apportata dal testo unico sulla documentazione amministrativa è stata quella relativa alla cosiddetta firma digitale(96): in effetti, quest'ultima, dopo le immancabili oscillazioni di carattere tecnico ed applicativo(97), ha iniziato a farsi strada fra gli operatori come uno strumento di trasparenza e di velocizzazione dell'attività amministrativa che non sacrifichi le esigenze di certezza(98). Difatti, accanto alla tradizionale modalità di sottoscrizione in forma cartacea dei documenti amministrativi, l'ordinamento interno a partire dal 2000(99) si è adeguato alle disposizioni comunitarie in materia di firme elettroniche, mediante la recezione della direttiva 1999/93/CE(100).

In buona sostanza, il sistema della firma digitale(101) è stato introdotto non solo per assolvere - in una evidente ottica di trasparenza - ad una funzione autentificativa, ma anche ad una funzione di accertamento dell'integrità del documento sottoscritto.

Seppure con un certo ritardo rispetto alla tempistica tracciata in sede comunitaria(102), il nostro Paese è alfine giunto ad un completo recepimento dei due istituti del protocollo informatico e della firma digitale nel proprio ordinamento(103), mediante i quali il processo di modernizzazione della pubblica amministrazione ha subito certamente un'accelerazione decisiva, tale da coniugare le fondamentali esigenze della trasparenza(104) con quelle della semplificazione. In tale direzione è decisamente orientato anche l'art. 3 bis legge n. 241/1990 - introdotto dall'art. 3 legge n. 15/2005 -, secondo cui, allo scopo di conseguire l'obiettivo di una maggiore trasparenza ed efficienza, le pubbliche amministrazioni «incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati»(105).

Pertanto, ad ulteriore integrazione del sopraindicato percorso (il quale ha il suo principale «sbocco» nel d.lg. n. 82/2005 come modificato dal d.lg. n. 159/2006, su cui v. infra par. 8), la citata legge n. 15/2005 detta importanti affermazioni di principio, secondo le quali l'attività della pubblica amministrazione deve essere quotidianamente improntata alla logica della trasparenza e dell'efficienza, mediante l'utilizzo della telematica sia in ambito interno (ossia nei rapporti fra i vari uffici) sia in quello esterno (ossia nei rapporti con i cittadini). In effetti, le leggi in tema di informatizzazione che si sono succedute dagli anni '90 ad oggi non rappresentano una mera continuazione o, semplicemente, un aspetto di questo complesso cammino di riforma, ma costituiscono da un lato una «evoluzione qualitativa» degli istituti originariamente previsti in tema di accesso e partecipazione e dall'altro lato un ampliamento degli strumenti mediante i quali la p.a. rende se stessa trasparente e conoscibile in ogni suo aspetto, utilizzando le notevoli potenzialità operative che le nuove tecnologie offrono.

Di tutta evidenza sono gli effetti di tale processo di informatizzazione sull'azione amministrativa sotto il profilo della trasparenza: infatti, la creazione di archivi informatizzati per la gestione del protocollo e dei procedimenti determina un notevole incremento non solo dell'accessibilità degli atti in termini di reperibilità ma anche della rapidità di informazione sullo stato dei procedimenti sia da parte dell'utente sia degli operatori pubblici. Ciò comporta, attraverso la condivisione delle banche dati, una diminuzione degli oneri a carico dei cittadini ed un netto miglioramento delle

performances delle Amministrazioni in termini di rapidità, qualità e, quindi, efficienza dell'atto amministrativo. Non meno rilevante, poi, è l'impulso che le tecnologie informatiche apportano alla trasparenza anche sotto un altro profilo: quello della certezza del diritto. Infatti, da un lato la conservazione dei documenti in ambiente digitale assicura maggiori garanzie di autenticità e durata nel tempo; dall'altro lato la semplificazione delle procedure fa acquisire anche al cittadino una rappresentazione più chiara e comprensibile degli eventi giuridici che producono conseguenze sulla sua posizione giuridica.

In definitiva, l'adozione di strategie e di moduli organizzativi basati sulle moderne tecnologie dell'informazione contribuisce in modo concreto a rendere più consapevole la partecipazione dei cittadini e più efficace e trasparente l'organizzazione e l'azione amministrativa(106).

La nuova dimensione che in tale contesto viene ad acquisire la trasparenza si traduce in applicazioni pratiche di grande rilevanza sociale, in quanto consentono di dare maggiore effettività alla tutela degli interessi deboli. Infatti, innovazioni tecnologiche quali l'accesso on-line in funzione di partecipazione, la possibilità di comunicare via e-mail, ecc., rendono comprensibile l'agire amministrativo(107) e consentono l'interazione con l'amministrazione anche ai soggetti svantaggiati(108).

8. Il Codice della p.a. digitale.

Molteplici sono i provvedimenti che hanno regolato le nuove applicazioni informatiche, finalizzate a predisporre nuovi servizi agli utenti ed a contribuire alla riorganizzazione del lavoro e delle istituzioni, con importanti risparmi economici.

In tal modo, il rapporto tra pubblica amministrazione ed utenti avviene sempre più attraverso interfacce informatizzate che hanno richiesto linee di intervento comuni, come quelle previste nel Codice dell'amministrazione digitale.

Tale Codice (entrato in vigore il 1°-1-2006, emanato con d.lg. n. 82/2005 e successivamente sottoposto ad una serie di modifiche con d.lg. n. 159/2006) rappresenta la normativa di riferimento del mondo digitale, finalizzata alla semplificazione e al riassetto della disciplina in materia di informatica nelle pubbliche amministrazioni: nasce nella p.a. una «cultura digitale» sul piano organizzativo, tecnico e gestionale.

Per la prima volta - come rileva anche il Consiglio di Stato nel parere 11995/04 nell'Adunanza del 7-2-2005 - viene predisposta una trattazione organica sia della materia relativa all'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (c.d. ICT) nelle pubbliche amministrazioni, sia della disciplina dei fondamentali principi giuridici applicabili al documento informatico e alla firma digitale. In effetti, viene offerto ai cittadini, alle imprese e alle stesse pubbliche amministrazioni un ampio strumento normativo, che può portare non solo a servizi più efficienti e veloci, ma anche a innovative forme di partecipazione alla vita amministrativa e politica, contribuendo in maniera concreta a quel fondamentale processo di avvicinamento dei destinatari dell'innovazione (i cittadini, le imprese, la società civile) ai suoi

protagonisti (gli amministratori, i funzionari e gli impiegati pubblici), nella nuova amministrazione digitale.

In buona sostanza il Codice, nell'attribuire al web un ruolo centrale nel rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, individua e definisce importanti diritti nella materia in esame.

In particolare, si stabilisce, tra l'altro, che i cittadini e le imprese hanno diritto di usare le moderne tecnologie informatiche per tutti i rapporti con qualsiasi amministrazione dello Stato (art. 3), di partecipare al procedimento amministrativo informatico e di accedere ai relativi documenti (art. 4); di effettuare pagamenti con modalità informatiche (art. 5); di utilizzare la posta elettronica certificata (art. 6); di avvantaggiarsi delle iniziative statali volte a favorire l'alfabetizzazione informatica (art. 8) e la partecipazione democratica elettronica (art. 9).

Tali diritti sono attuati e garantiti attraverso una serie di strumenti innovativi, contemplati dal Codice, tra i quali un rilievo importante è ricoperto - oltre che dalla firma digitale (su cui v. retro) e dalle carte elettroniche (su cui v. infra) - dalla posta elettronica certificata. Infatti, la PEC (alla luce delle novità apportate dal d.p.r. n. 68/2005, che ne disciplina le modalità di utilizzo non solo nei rapporti con la p.a., ma anche tra privati) diventa il canale di comunicazione più importante tra cittadino e pubblica amministrazione. Si tratta, nello specifico, di una e-mail che garantisce non solo ora e data di spedizione e di ricezione, ma anche integrità di contenuto e provenienza (con una firma elettronica). Se la legge lo consente, la trasmissione di un documento informatico mediante tali modalità telematiche ha lo stesso valore della notificazione per mezzo della posta.

Di notevole rilievo, poi, è la definizione che l'art. 73, 2° co., dà del Sistema Pubblico di Connettività (SPC) come l'insieme di strutture organizzative, infrastrutture tecnologiche e regole tecniche, per lo sviluppo, la condivisione, l'integrazione e la circolarità del patrimonio informativo della pubblica amministrazione, necessarie per assicurare l'interoperabilità e la cooperazione applicativa dei sistemi informatici e dei flussi informatici, garantendo la sicurezza, la riservatezza delle informazioni, nonché la salvaguardia e l'autonomia del patrimonio informativo di ciascuna pubblica amministrazione.

Il Sistema Pubblico di Connettività, contenuto inizialmente nel d.lg. n. 42/2005, è regolato dagli artt. 72 ss. del citato d.lg. n. 82/2005, come modificato dal d.lg. n. 159/2006: obiettivo di tale SPC è quello di permettere la condivisione del patrimonio informativo della pubblica amministrazione ed assicurare l'interoperabilità e la cooperazione applicativa dei sistemi informatici e dei flussi informativi.

Inoltre, l'art. 10 del Codice come modificato dal d.lg. n. 159/2006 ha dato rilevante importanza anche allo Sportello unico telematico per le attività produttive: tale sportello, in particolare, sarà basato sul «fascicolo informatico» ed il documento sarà condiviso e sarà consultabile da tutte le Amministrazioni coinvolte nel procedimento.

Il Codice, poi, agli artt. 66 ss. disciplina la Carta Nazionale dei Servizi (CNS) e la Carta d'Identità Elettronica (CIE): entrambe costituiscono strumenti fondamentali (v. amplius par. 12) per razionalizzare e semplificare l'azione amministrativa.

Si tratta, in buona sostanza, di strumenti di autenticazione e di accesso ai servizi in rete della p.a., i quali possono contenere quei servizi e quelle utilità che ciascuna amministrazione territoriale giudichi utile per i propri cittadini. Infatti, è previsto non solo che le carte contengano al loro interno la firma digitale elettronica, ma anche che consentano l'accesso on line a molti servizi della p.a., come se, muniti di documento di identità, ci si recasse di persona presso l'ente.

Inoltre, gli artt. 53 e ss. del Codice rendono obbligatorie alcune caratteristiche fondamentali per i Siti internet di tutte le pubbliche amministrazioni (su cui v. amplius par. 13): in particolare, in relazione a tali siti pubblici se ne impone l'accessibilità da parte di tutti (anche e soprattutto da parte dei diversamente abili), la facile reperibilità ed affidabilità, la chiarezza nel linguaggio, oltre che la semplicità e la omogeneità.

Col d.lg. n. 156/2006 si estende anche alle amministrazioni regionali o locali l'obbligo di inserire, nel sito istituzionale, tutti i contenuti indicati ex art. 54, seppure nei limiti delle risorse tecnologiche e organizzative disponibili e nel rispetto della loro autonomia normativa.
Si viene, quindi, ad instaurare un rapporto privilegiato tra le pubbliche amministrazioni e tali siti internet i quali, in considerazione di ciò, devono riportare alcuni fondamentali dati informativi (l'elenco dei servizi forniti in rete; gli indirizzi e-mail a cui rivolgersi per ciascuna necessità; l'organigramma per sapere chi fa cosa; l'elenco di tutti i bandi di gara; l'elenco dei procedimenti svolti da ciascun ufficio con la loro durata e il nome del responsabile). Dando effettiva concretezza alla legge sulla trasparenza, si sono create le condizioni per acquisire direttamente dal sito dell'amministrazione interessata notizie sul procedimento, senza dover presentare istanze scritte per vedere lo stato di una pratica o sapere chi ne è il responsabile e quanto deve durare il relativo procedimento. È opportuno rilevare che tale Codice, ai sensi dell'art. 2, si applica in primo luogo alle pubbliche amministrazioni e, quindi, agli enti associati non economici, «salvo che sia diversamente stabilito, nel rispetto della loro autonomia organizzativa e comunque nel rispetto del riparto di competenza di cui all'art. 117 della Costituzione».
È, tuttavia, prevista l'applicazione anche ai soggetti privati di alcune parti del Codice in esame: in particolare, il capo II (relativo a documenti informatici, firme elettroniche, pagamenti informatici, libri e scritture), il capo III (relativo alla formazione, alla gestione ed alla conservazione) ed il capo IV (relativo alla trasmissione dei documenti informatici). Inoltre, il capo V (concernente l'accesso ai documenti informatici e la fruibilità delle informazioni digitali) si applica anche ai gestori di servizi pubblici ed agli organismi di diritto pubblico e, quindi, anche agli associati aventi natura di enti pubblici non economici o di società di capitali.

Bisogna evidenziare che col d.lg. 4-4-2006, n. 159 viene anche rafforzata la portata precettiva del Codice, da un lato richiamando espressamente la responsabilità degli organi politici di governo nel dare attuazione alle disposizioni medesime; dall'altro

lato, introducendo nell'art. 12 del Codice, il comma 1 ter che disciplina la responsabilità dirigenziale (artt. 21 e 55 d.lg. n. 165/2001) nell'ipotesi di inosservanza delle relative disposizioni del Codice.

Ulteriore aspetto di fondamentale importanza disciplinato dal Codice è quello relativo al c.d. riuso (su cui v. amplius par. 11), che consentirà ad alcuni enti di poter disporre di soluzioni tecnologiche e organizzative già sperimentate da altre pubbliche amministrazioni che ne hanno la proprietà.

Con il d.lg. n. 159/2006 il «diritto all'uso delle tecnologie», prima limitato alle sole amministrazioni centrali, viene esteso anche alle amministrazioni locali seppure «nei limiti delle risorse tecnologiche ed organizzative disponibili e nel rispetto della loro autonomia normativa» (art. 3, co. 1 bis).

Con lo stesso d.lg. n. 159/2006 si arriva anche a predisporre una più articolata disciplina della firma digitale e del documento informatico: si prevede, infatti, che il documento informatico dotato di sola firma elettronica «leggera» (come la normale e-mail) può essere liberamente valutata dal giudice non solo in relazione alle sue oggettive caratteristiche di qualità e di sicurezza, ma anche di integrità e di immodificabilità (art. 21).

In ogni caso, è riconosciuta ad ogni amministrazione la possibilità di stabilire autonomamente i casi in cui è necessaria la firma digitale per presentare istanze o dichiarazioni (art. 65).

Inoltre, con le modifiche apportate al Codice dal citato d.lg. n. 159/2006 si disciplina in modo più dettagliato il «fascicolo informatico»: rimanendo immutato il principio già previsto dal d.lg. n. 82/2005 secondo cui tale fascicolo deve essere creato e gestito dalla pubblica amministrazione interessata, si prevede che esso possa essere direttamente consultato e alimentato da tutte le Amministrazioni coinvolte nel procedimento (art. 41, co. 2 bis).

Il Codice prevede anche la possibilità per i privati di concorrere all'informatizzazione delle pubbliche amministrazioni e di utilizzare la pubblicazione telematica per la pubblicità legale. In effetti, la novità di maggiore rilievo apportata dal d.lg. n. 159/2006 è quella di aver riportato all'interno del Codice dell'amministrazione digitale (artt. da 72 a 87) le norme relative al Sistema Pubblico di Connettività (SPC).

In particolare, viene disposto l'inserimento nel Codice di una disposizione normativa che - come detto - permette ai privati di concorrere ai processi di informatizzazione delle pubbliche amministrazioni e all'implementazione di servizi on line (art. 12, co. 12 bis). Si prevede, inoltre, la possibilità di ricorrere alla pubblicazione telematica per la pubblicità legale (art. 54, co. 4 bis), precisando che le copie cartacee di documenti informatici sono valide soltanto se un pubblico ufficiale autorizzato (art. 23, co. 2 bis) ne attesta la loro conformità all'originale, in tutte le sue componenti.

Infine, per coordinare in modo uniforme le iniziative di e-government, è stata prevista l'istituzione della Commissione permanente per l'innovazione tecnologica nelle regioni e negli enti locali con funzioni istruttorie e consultive (art. 14, co. 3 bis).

9. La Rete Unitaria della pubblica amministrazione.

L'informatizzazione relativa alla gestione del flusso dei dati tra i diversi soggetti della pubblica amministrazione risulta necessaria per dare concreta attuazione al principio di interoperabilità e per ipotizzare, quindi, un'ampia serie di cooperazioni fondamentali per l'attività amministrativa in termini di trasparenza, efficienza e accessibilità. Per realizzare tali obiettivi l'AIPA, tra il 1995 e il 1996, ha dato massima priorità alla creazione di un Sistema Informativo Integrato, con il nome di Rete Unitaria della pubblica amministrazione(109): si tratta del primo progetto intersettoriale ideato con il supporto, per la consulenza tecnica, dell'industria ICT e, per gli adeguamenti normativi, del legislatore.

La necessità di adottare sistemi di trasmissione standardizzati ha portato ad individuare nell'Internet Protocol un protocollo di comunicazione condiviso, in quanto già alla base di Internet ed in crescente diffusione a livello internazionale.

Del resto, già da tempo molte amministrazioni pubbliche avevano creato siti istituzionali ed avviato i primi progetti di interoperabilità, appoggiandosi appunto al web. Con l'utilizzo, poi, di un protocollo di comunicazione già a disposizione dei cittadini si poteva ipotizzare, in una logica di accesso globale, l'utilizzo dei servizi anche da parte di questi e delle imprese.

Si comprende, quindi, come in questo modo la Rupa diviene una vera e propria «Rete di Reti» formata dall'insieme dei domini delle singole amministrazioni, in cui ciascun dominio consiste nel complesso delle risorse tecnologiche (hardware e software) e di comunicazione, utilizzate da ogni ente per l'esecuzione dell'attività amministrativa di sua competenza. La connessione dei singoli domini (definiti intranet) al dominio della Rete Unitaria è assicurata mediante le Porte di Rete, sfruttando in tal modo i servizi che la Rete mette a disposizione. Questi servizi sono di tre generi:

- di cooperazione applicativa: infatti, le applicazioni informatiche condivise dai domini interagiscono attraverso la Rupa, realizzando efficienti scambi informativi;
- di interoperabilità: la Rupa garantisce la comunicazione tra utenti della stessa amministrazione e di amministrazioni diverse;
- di trasporto delle informazioni: la Rupa consente la creazione di un unico patrimonio informativo virtuale con possibilità di accesso da parte di ogni amministrazione;

La partecipazione, inoltre, delle amministrazioni centrali e locali nell'ambito della Rupa, oltre a consistere nell'utilizzo di questi servizi di trasporto e di interoperabilità, determina anche la partecipazione di ciascun ente, chiamato a mettere in condivisione le proprie informazioni (basi di dati) e il proprio know-how (le applicazioni per la gestione dei servizi) per realizzare lo scopo principale della Rete, e cioè predisporre un efficiente e completo Sistema Informativo.

Ecco perché, fin dalle prime attuazioni della Rupa, ad ogni ente è stato richiesto di procedere alla reingegnerizzazione della sua organizzazione e delle sue procedure, per renderle coerenti con il nuovo assetto integrato dei sistemi informativi della pubblica amministrazione. In effetti, dal particolare ruolo affidato ad ogni soggetto della Rupa deriva un'accentuazione in termini funzionali e organizzativi dell'autonomia di ogni amministrazione, consentendo la realizzazione di economie di scala in un contesto di sussidiarietà: in pratica, le singole reti erogano i propri servizi attraverso i sistemi di un'infrastruttura comune, che mette a disposizione di tutti un patrimonio informativo unico. Si determina, così, un reale decentramento amministrativo in quanto, per effetto dei servizi interattivi, le competenze delle amministrazioni centrali sono ridotte allo svolgimento di funzioni di back office, mentre il front office è a carico delle amministrazioni locali più vicine al cittadino(110).

In ultima analisi, la Rupa costituisce non solo una notevole innovazione tecnologica e un evidente miglioramento dell'attività amministrativa, ma anche un importante strumento di «coesione sociale»: infatti, da un lato si riducono gli squilibri territoriali, poiché si pongono tutte le Amministrazioni sullo stesso piano nel reperire le risorse informative, dall'altro lato diventano omogenei i modi di erogazione delle prestazioni e i livelli di qualità dell'azione amministrativa.

10. Le Reti Intranet.

Per definire le Reti Intranet bisogna necessariamente far riferimento ad una rete che utilizza le stesse caratteristiche di Internet con un'estensione, però, localizzata ad una singola organizzazione (ad esempio un ente locale), o comunque ad un numero limitato di soggetti che condividono il protocollo di comunicazione e le applicazioni cooperative e realizzano, quindi, lo scambio dei dati contenuti nel loro patrimonio informativo comune(111). Da tali servizi sono esclusi i non aderenti: in altri termini, si tratta dei canali attraverso cui si determinano i flussi di comunicazione interna delle amministrazioni. Proprio per rendere possibili, oltre agli scambi interni, anche quelli esterni rispetto agli altri soggetti della Rete Nazionale, tali canali di norma si appoggiano allo stesso Protocollo di comunicazione di Internet.
Con la creazione di reti Intranet (o quanto meno di reti telematiche di comunicazione interna) si viene a determinare un fondamentale strumento di attuazione del principio della trasparenza amministrativa, ottimizzandosi gli scambi comunicativi tra gli uffici di un ente. Tutto ciò è di fondamentale importanza sia per l'interoperabilità interna quanto ai risultati dell'attività amministrativa(112), sia, più in generale, per l'interoperabilità esterna quanto al livello di informazione nei confronti dei cittadini. In ultima analisi, tali moderne applicazioni tecnologiche, comportando la possibilità di realizzare sinergie e interazioni nell'ambito di un'amministrazione, fanno sì che nel personale cresca un senso di appartenenza positivo con evidenti riflessi positivi sull'immagine della struttura pubblica.

11. L'Anagrafe Unica, la Protocollazione in formato ASP e il riuso del software.

Nell'ambito del contesto fin qui delineato un ruolo di notevole importanza è attribuibile senza dubbio ai servizi demografici: non a caso, la creazione di un sistema integrato di servizi anagrafici e demografici (Anagrafe Virtuale Nazionale) costituisce una delle prime e principali applicazioni cooperative della Rupa.

In questo modo si mira alla creazione di un sistema di anagrafi concepito come la struttura portante dei flussi informativi della pubblica amministrazione: in tale ambito la corretta identificazione degli utenti è il presupposto per avviare procedimenti efficaci. In termini concreti il progetto si compendia nella interconnessione delle anagrafi attraverso la Rete Unitaria e nella predisposizione delle funzioni di aggiornamento degli archivi anagrafici di tutti gli enti interessati, da parte dell'ente che ha registrato una variazione dei propri dati rispetto ad un determinato utente.

Sotto il profilo tecnico si configura l'Anagrafe Unica come un servizio virtuale a livello nazionale, nell'ambito del quale ogni amministrazione si occupa della tenuta e dell'aggiornamento delle informazioni utili per l'esercizio della sua attività senza dover creare (e tenere aggiornata) un'anagrafe centralizzata, in quanto ciascun comune resta unico proprietario e gestore dei propri dati: in effetti, si prevede la costituzione di un'unica anagrafe virtuale mediante il semplice collegamento telematico delle diverse anagrafi comunali. Si vengono, così, a valorizzare due importanti profili: quello relativo alla responsabilità di ogni ente rispetto ai dati contenuti nel proprio archivio anagrafico, data l'importanza che essi rivestono per l'intero sistema; e quello relativo all'indipendenza, in quanto l'ente mantiene la propria competenza esclusiva sulle informazioni in una logica di non intrusività nei sistemi informativi individuali e, quindi, di rispetto delle autonomie e delle condizioni di riservatezza e sicurezza.

La predisposizione di tale sistema integrato dei servizi anagrafici - che copre l'insieme dei cittadini (popolazione residente e italiani residenti all'estero) - determina ulteriori positivi effetti: infatti, da un lato si garantisce la coerenza degli archivi di tutte le amministrazioni pubbliche relativamente ai dati che attengono all'anagrafe e alla residenza; dall'altro lato, grazie allo scambio delle certificazioni anagrafiche, si giunge ad una sostanziale diminuzione del numero di certificati anagrafici che le pubbliche amministrazioni e gli enti erogatori di servizi pubblici richiedono ai cittadini (circa settanta milioni all'anno). Tutto ciò, come è facilmente intuibile, comporta una riduzione dei costi e dei tempi burocratici a carico del cittadino, oltre che dei tempi di lavoro e dei costi del ciclo produttivo pubblico.

Altro fondamentale progetto è costituito dalla Protocollazione in formato ASP (Application Service Provider), vale a dire tramite Internet.

In questo caso l'obiettivo è quello di giungere alla cooperazione tra i sistemi di workflow di tutte le pubbliche amministrazioni e alla totale automazione dei procedimenti amministrativi, anche complessi, con due importanti conseguenze: non solo attuare in tempi brevi l'integrazione dei sistemi di protocollo delle amministrazioni pubbliche; ma anche, in ossequio al principio della trasparenza amministrativa, consentire al cittadino di consultare il registro di protocollo e inviare automaticamente all'interessato la comunicazione dell'avvio del procedimento.

Il servizio proposto, grazie ai livelli di automazione finora raggiunti dagli enti coinvolti, ha costi limitati sia per l'attivazione che per il suo utilizzo. Rilevante, poi, è la sua strutturazione in moduli flessibili con funzioni sempre più complesse: dalla gestione minima del Protocollo, all'archiviazione ottica dei documenti, con elevati livelli di sicurezza e di affidabilità.

In merito non si può non sottolineare l'importanza del principio della «riusabilità del software e delle applicazioni informatiche», principio anch'esso prioritario nell'ambito della realizzazione della Rupa.

In effetti, l'interconnessione dei sistemi e l'interoperabilità tra le reti devono consentire la condivisione sia del patrimonio informativo, quale insieme di dati amministrativi, sia del patrimonio applicativo, che è sempre un insieme di informazioni, il cui contenuto però concerne più specificamente il know-how, cioè il complesso delle conoscenze per l'erogazione dei servizi (i cosiddetti software applicativi utilizzati dalle amministrazioni per lo svolgimento automatizzato della loro attività).

Tali conoscenze sono a tutti gli effetti dei beni e, relativamente alla pubblica amministrazione, sono qualificabili come beni pubblici che, in quanto tali, devono essere utilizzati con efficienza, anche in considerazione del loro elevato valore economico. Tale valore è rapportabile non solo alle caratteristiche intrinseche del prodotto ma anche a quelle relative alla sua evoluzione tecnologica che, quindi, impone di sfruttare appieno una risorsa potenzialmente soggetta da una veloce obsolescenza. In altri termini, il principio si fonda sulla circostanza che le comuni esigenze tra diverse Amministrazioni inducono, in genere, a moltiplicare gli sforzi e gli investimenti per ottenere soluzioni sostanzialmente analoghe: con il riuso o con la condivisione degli applicativi si razionalizzano le spese ed i tempi dei progetti, consentendo così investimenti verso altri settori non ancora informatizzati. Tuttavia, nonostante alcune oggettive difficoltà, si è assistito ad un'ampia diffusione della pratica del riuso tra le amministrazioni.

In relazione, poi, alla Protocollazione in modalità ASP, bisogna ricordare che il titolare del software è il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il quale lo mette a disposizione delle amministrazioni utenti, rendendo così disponibile in tempi brevi il servizio con la riduzione delle spese ai soli costi di consumo: le amministrazioni, non essendo più tenute alla progettazione e alla realizzazione del sistema, possono destinare le loro risorse alla gestione degli aspetti organizzativi interni relativi all'adozione di un sistema di gestione elettronica del flusso documentale(113).

12. La Carta Nazionale dei Servizi e la Carta d'Identità Elettronica.

Con la Carta Nazionale dei Servizi e con la Carta d'identità Elettronica il cittadino interagisce con l'amministrazione e, quindi, prende parte in maniera avanzata all'attività amministrativa.

È opportuno chiarire che gli effetti dell'informatizzazione pubblica sulla trasparenza amministrativa, se sono immediatamente visibili sull'attività interna e

sull'interoperabilità tra gli enti, tuttavia - a ben vedere - si riflettono solo in via indiretta sul cittadino, il quale - tra l'altro - può accedere più facilmente alle informazioni in possesso delle amministrazioni ma pur sempre con la mediazione del personale pubblico: ciò comporta per il cittadino la possibilità di ottenere per via telematica informazioni e servizi indifferenziati, ma non di utilizzare le tecnologie informatiche per personalizzare il proprio rapporto con gli enti pubblici. Con la predisposizione di servizi bidirezionali si determina un vero e proprio scambio informativo tra utente e sistema informatico delle amministrazioni e, quindi, si consente al cittadino di utilizzare direttamente gli strumenti tecnologici, per un'informazione più rapida e completa e per una maggiore partecipazione all'attività della p.a.: si tratta di una tappa fondamentale nell'attuazione della riforma amministrativa, rispetto alle finalità di trasparenza e di automazione.

In tale contesto un ruolo di primaria importanza è ricoperto dall'identificazione dell'utente, che deve essere sicura per tutelare chiunque dall'accesso di estranei ai propri dati riservati e per consentire al cittadino di agire producendo effetti giuridici, come nell'ipotesi di avvio di un procedimento amministrativo o di intervento nel procedimento con l'invio di documenti e certificati legalmente validi per l'amministrazione.

Mentre prima il riconoscimento dei cittadini avveniva di persona attraverso l'esibizione della Carta d'Identità cartacea, oggi lo stesso risultato si può ottenere con la Carta Nazionale dei Servizi e la Carta d'Identità Elettronica. Si tratta, in concreto, di smart cards (carte a microprocessore), che permettono l'identificazione in rete del titolare mediante un codice personale che garantisce l'individuazione certa del titolare e consente l'interazione protetta con i sistemi dell'amministrazione pubblica.

Queste carte, per le loro elevate caratteristiche tecniche e per le conseguenti notevoli potenzialità, sono state studiate per far sì che esse diventino il mezzo per razionalizzare e semplificare l'azione amministrativa. Non a caso il Codice le disciplina in modo da renderle un fondamentale strumento - utilizzabile su tutto il territorio del nostro Paese - di autenticazione e di accesso ai servizi in rete della p.a In buona sostanza le smart cards, per il loro elevato livello di interoperabilità e di versatilità, in concreto possono svolgere funzioni di codice fiscale, di tessera per l'accesso ai servizi telematici comunali ed eventualmente di patente di circolazione. Non è difficile prevedere che tali carte in breve tempo diventeranno strumenti polifunzionali con molteplici applicazioni e servizi, fino ad includere funzionalità qualificate come la firma digitale (da utilizzare qualora il rapporto tra cittadino e amministrazione richieda la sottoscrizione di un atto elettronico) o come il pagamento telematico di prestazioni erogate da uffici pubblici.

Allo stesso modo è prevedibile che l'uso di queste cards possa abilitare in futuro il cittadino ad intrattenere rapporti con l'amministrazione direttamente dal proprio personal computer.

13. I siti web della pubblica amministrazione.

Come accennato in precedenza, alcune amministrazioni, già prima dell'effettiva implementazione della Rupa, avevano realizzato propri siti Internet. È, comunque, con la creazione della Rete Unitaria della p.a. che si è avuta una maggiore presenza delle amministrazioni sul web, proprio perché si sono manifestate le potenzialità che uno strumento interattivo come Internet può offrire in termini di maggiori informazioni e di servizi utili ai cittadini e alle imprese.

In effetti, è grosso modo dagli anni novanta del secolo scorso che si è registrato un rapido aumento dei siti delle pubbliche amministrazioni, oltre che la ristrutturazione di quelli già esistenti col conseguente notevole aumento del numero delle pagine disponibili. Si è assistito, in pratica, ad una proficua evoluzione di tali siti che sono passati da semplici vetrine istituzionali dai contenuti astratti e generici a luoghi in cui offrire servizi informativi mirati e talvolta interattivi.

Il Codice della p.a. digitale mira, tra l'altro, proprio a migliorare ulteriormente le caratteristiche di questi siti e ad incrementare l'uso del web come virtual office sempre più alternativo e, in alcuni casi, addirittura esclusivo rispetto a quello tradizionale. Del resto, l'importanza dello strumento tecnologico rispetto al costante aggiornamento delle informazioni e alla loro consultabilità in tempo reale lo rendono fondamentale per garantire la trasparenza amministrativa sia sotto il profilo dell'accesso agli atti sia sotto il profilo della reperibilità di informazioni di varia natura sull'attività dell'ente.

Per l'effettivo raggiungimento dei sopraindicati obiettivi è necessario che i siti Internet siano progettati in modo tale da essere accessibili a tutti. Non a caso il Codice impone alcuni requisiti essenziali: si prevede, in particolare, che tutti, compresi i diversamente abili, devono poter accedere ai siti pubblici, i quali devono essere reperibili, facilmente usabili, chiari nel linguaggio, affidabili, semplici ed omogenei tra loro.

I servizi offerti dai siti web della pubblica amministrazione sono di tre specie: informativi, comunicativi e transnazionali(114). La quasi totalità dei siti istituzionali offrono servizi informativi di base, afferenti cioè all'attività dell'ente (banche dati, bandi di gara, concorsi) e alla sua organizzazione (orari, indirizzi, uffici). Inoltre, alcuni siti (in particolare quelli che riguardano settori specialistici) contengono anche giacimenti informativi, consultabili liberamente o previa abilitazione: si pensi, ad esempio, alle grandi basi di dati fiscali e previdenziali, agli archivi del territorio, agli Opac (on line public access catalogue) delle biblioteche nazionali e locali. Sono, poi, in costante crescita i siti che offrono al cittadino servizi informativi avanzati: in questo caso l'utente può non solo verificare lo stato di avanzamento delle pratiche amministrative, ma anche accedere alle istruzioni relative ai principali procedimenti attraverso guide on line e consultare la produzione istituzionale dell'ente (pubblicazioni, documenti, ecc.).

In tale ambito è opportuno differenziare i servizi informativi da quelli comunicativi. Infatti, mentre i primi sono unidirezionali, invece quelli comunicativi sono rivolti a creare una relazione interattiva con gli utenti finalizzata al dialogo e all'ascolto per la

conoscenza mirata dei bisogni dei cittadini. In questa direzione una notevole importanza deve riconoscersi - più che agli strumenti tradizionali (comunicati stampa, news, rassegne stampa, newsletters) - alla pubblicazione degli indirizzi e-mail degli uffici amministrativi.

Quanto ai servizi transnazionali, va detto che questi in un'ottica bidirezionale realizzano lo scambio interattivo di informazioni tra utente e sistema informatico per la remotizzazione di un ciclo di servizi o di alcune sue fasi: si tratta di servizi ancora in via di sviluppo che richiedono soluzioni tecnologiche ed organizzative avanzate. Tuttavia, una prima ed embrionale forma di applicazione di tale genere di servizi è costituita dalla disponibilità della modulistica in linea o dalla possibilità di scaricare degli applicativi di supporto, che non solo evitano all'utente di recarsi fisicamente allo sportello, ma anche semplificano la predisposizione della documentazione richiesta per l'avvio di una pratica, attivando parallelamente procedure di verifica della correttezza dei dati inseriti. Si tratta perlopiù di forme sperimentali, che trovano un notevole limite nel fatto di richiedere come presupposti l'identificazione certa del cittadino mittente, la sua titolarità di una firma elettronica digitale e la disponibilità di caselle di posta elettronica certificata.

Come è agevolmente intuibile questi servizi saranno completamente realizzati solo quando sarà rimosso il sopraindicato limite, con la conseguente possibilità di inviare i documenti all'ufficio competente attraverso lo strumento della posta elettronica.

È necessario, infine, fare un accenno anche ai cosiddetti «portali telematici»: si tratta di siti creati specificamente con l'obbiettivo di razionalizzare l'accesso alle banche dati mantenute dalla p.a. In effetti, la notevole mole di informazioni messa a disposizione dalla rete rischia di non poter esplicare tutte le sue ampie potenzialità non solo per il concreto rischio di dispersione e frammentazione delle informazioni stesse, ma anche per la mancanza di caratteristiche ottimali di accessibilità e di interazione con il cittadino di media preparazione. Da qui, appunto, la nascita di tali «portali telematici», che, costruiti in base ad una logica aggregante, organizzano i dati in maniera strutturata, presentano interfacce agevoli e intuitive con l'uso di un linguaggio chiaro e spesso - attraverso call center gratuiti - offrono una preziosa assistenza alla navigazione.

In tal senso un primo importante esempio è costituito dal sito www.normeinrete.it, il quale offre gratuitamente un punto di accesso unitario alla normativa italiana ed europea pubblicata nei siti istituzionali delle amministrazioni aderenti al progetto Normeinrete. Il portale, frutto della collaborazione tra Ministero della giustizia e CNIPA, ha come riferimento un modello di tipo federale: infatti, ogni amministrazione mette a disposizione la propria base documentale di testi normativi. Tra le diverse basi documentali l'interoperabilità e l'integrazione sono assicurate dall'adozione di standard comuni per l'identificazione (nome uniforme o URN) e per la rappresentazione (XML) delle norme.

È utile rilevare che sono previste per questo portale future rilevanti estensioni legate alla realizzazione di una serie di iniziative per informatizzare la normativa vigente, iniziative raggruppate in un progetto denominato e-Leges.
In tale ambito un ulteriore importante sito è il «Portale Nazionale del Cittadino» (www.italia.gov.it), il quale costituisce un punto di accesso unitario alle informazioni e ai servizi on-line per il cittadino pubblicati nei siti istituzionali della pubblica amministrazione. Questo portale, attivo dal giugno del 2002, ha avuto nel 2006 una profonda rivisitazione, che da un alto ha confermato l'obiettivo prioritario di realizzare un punto unitario di aggregazione, dall'altro lato ha accentuato ulteriormente il concetto della «centralità» del cittadino.

Alla base dell'azione evolutiva del portale si pone la domanda dei cittadini, privilegiando nell'esposizione dei contenuti le esigenze rilevate ed introducendo anche soluzioni come la social navigation, per suggerire all'utente meno esperto i temi più caldi, sui quali si concentra l'attenzione dei navigatori. Dal 2006 è iniziata anche una collaborazione con il gruppo Capitalia, per effetto della quale sono state messe a disposizione nelle filiali del gruppo postazioni automatizzate attraverso cui i clienti o i cittadini non clienti possono fruire dei servizi di pubblica utilità erogati dal portale.
In definitiva, da quanto in precedenza accennato emerge che i siti Internet rappresentano lo strumento migliore per accedere alle pubbliche amministrazioni anche in considerazione delle utili informazioni contenute in essi (organigramma; indirizzi e-mail; lista dei servizi offerti; bandi di gara; procedimenti di competenza di ciascun ufficio; durata; responsabile ecc.), dando in questo modo concreta attuazione al principio di trasparenza.

14. Lo stato dell'informatizzazione pubblica.

La Relazione annuale redatta dal Centro Nazionale per l'Informatica nella pubblica amministrazione (CNIPA) consente di verificare lo stato cui è giunto il processo di informatizzazione della pubblica amministrazione.

Dai dati raccolti dalle amministrazioni centrali (il riferimento è alle amministrazioni dello Stato e agli enti pubblici non economici così come definiti dal d.lg. n. 39/1993, per cui non sono comprese le attività effettuate dall'area operativa della Difesa e dei Carabinieri, dall'area relativa alla ricerca degli enti pubblici quali CNR, Enea, Iims, Ispesl, ISS e dall'area didattica delle scuole e dell'Università) emerge che il 2006 e in parte anche il 2007 sono stati anni di relativa transizione. Del resto, la fine della precedente legislatura e l'insediamento del successivo governo, con i conseguenti cambiamenti di indirizzi e di programmi, non hanno agevolato lo sviluppo di nuove iniziative mentre sono normalmente proseguite quelle in essere.

Tuttavia, vi sono stati nel complesso progressi sia nell'ambito dei servizi erogati sia nella crescita delle infrastrutture, nonostante un'ulteriore riduzione della spesa esterna per beni e servizi ICT rispetto all'anno 2005.

In relazione ai servizi forniti a cittadini e imprese, confrontando in particolare i dati del 2006 con quelli dell'anno precedente, si evince che il numero dei servizi disponibili aumenta dell'11% e le transazioni effettuate on line per i servizi censiti arriva a 260 milioni: piuttosto che tale dato relativo all'incremento rispetto all'anno precedente del numero totale di transazioni (che risente anche dell'introduzione di nuovi servizi), risulta interessante l'aumento rilevato per i servizi più utilizzati e già presenti nel 2005. Nel 2006 risulta anche una crescita non solo del numero dei siti gestiti dalle amministrazioni (da 952 a 1.026) ma anche delle visite a tali siti (da 306 a 336 milioni).
Non vi è dubbio che in tale contesto sarebbero opportuni alcuni interventi di razionalizzazione diretti non già a ridurre il numero dei siti (apparentemente molto elevato ma corrispondente alla diversità di funzioni e alle logiche di decentramento amministrativo), quanto piuttosto ad operare una loro standardizzazione tecnologica e funzionale ai fini di una riduzione dei costi e della facilità di accesso da parte degli utenti (uniformità delle interfacce).

Inoltre, per quanto riguarda i servizi alle imprese, i dati raccolti nel 2006 evidenziano un significativo incremento del numero dei servizi attivi sul portale impresa.gov.it: i servizi disponibili salgono con il coinvolgimento di 15 amministrazioni (nel 2005 erano soltanto 3).
Invece, i servizi per il funzionamento non hanno registrato evoluzioni di grande rilievo. In ordine, poi, ai cosiddetti sistemi trasversali, le amministrazioni continuano ad arricchire le loro intranet con nuovi servizi informativi e di condivisione di documenti tra i dipendenti. Cresce il numero di caselle di posta elettronica attive e aumenta il numero di messaggi elettronici interni (di quasi un terzo rispetto al 2005) ed esterni (oltre il doppio del 2005).
Ma il fenomeno nuovo del 2006 - confermato anche nel 2007 - è quello della posta elettronica certificata. I primi servizi di posta elettronica certificata sono stati avviati nel mese di marzo 2006 da parte dei gestori accreditati. Al 31 dicembre 2006 risultano attivi circa 1.100 domini da parte di 10 gestori (sui 15 accreditati). Ad oggi, il numero totale di caselle di PEC delle pubbliche amministrazioni centrali è stimato in oltre 20 mila unità, di cui circa la metà contrattualizzate nell'ambito del contratto Rupa-Interoperabilità e il resto acquisite da altri fornitori. Tuttavia, non si può non rilevare che a fronte di tale crescita, lo sviluppo del protocollo informatico è ancora insoddisfacente. Infatti, se da un lato è innegabile che la maggior parte delle amministrazioni dispone di un sistema di protocollo informatico e che circa la metà dei documenti in entrata e in uscita è protocollata informaticamente, dall'altro lato è anche vero che non è ancora giunto a totale completamento il processo di informatizzazione degli scambi della p.a. centrale con l'esterno e tra amministrazioni, che le norme avrebbero voluto fosse ultimato sin dal 2005. In tale direzione il CNIPA, in accordo con l'azione di governo, continua la sua attività di sensibilizzazione e di

supporto non solo attraverso la messa a disposizione del servizio di protocollo informatico in ASP ma anche con azioni di costante monitoraggio.

In ogni caso, lo sviluppo del servizio di protocollo in esame è fortemente ostacolato, tra l'altro, dal permanere in molte amministrazioni di una cronica carenza di personale informatico capace di indirizzare, governare e controllare gli interventi sui sistemi informativi e di raccordarli con le trasformazioni organizzative: tale carenza di addetti ICT induce spesso le amministrazioni ad acquisire risorse professionali dall'esterno.

Un ultimo dato da evidenziare è quello relativo alla spesa per l'acquisizione di beni e servizi per l'informatica, che nel 2006 ha registrato, rispetto all'anno precedente, una flessione del 4,8%. Tale riduzione è dovuta soprattutto ai tagli alla spesa determinati dalla legge finanziaria 2006 e da altre leggi legate al controllo della spesa pubblica (questa riduzione avviene nonostante il mercato dei beni e dei servizi in esame in Italia cresca dal 2005 al 2006 dell'1,6%). Tale trend ha trovato sostanziale conferma anche nel 2007. In definitiva, la spesa mentre nelle amministrazioni centrali dello Stato, dopo i picchi del 2000 e del 2002, continua a diminuire, invece negli enti pubblici non economici, dopo i picchi del 2001 e del 2002 ed il calo del 2003, tende a crescere lentamente.

Dalla valutazione generale dei dati sopraindicati risulta evidente che l'adozione delle nuove tecnologie rappresenta uno dei principali fattori intorno ai quali è avvenuto il miglioramento nella percezione della pubblica amministrazione da parte dei suoi utenti: gli strumenti telematici, infatti, hanno realmente contribuito a risolvere alcuni rilevanti aspetti critici (si sono ridotti, ad esempio, i tempi di lavorazione delle pratiche). Al tempo stesso, però, non si può non prendere atto che se è innegabile l'esistenza di una consistente domanda di servizi diretti a semplificare ulteriormente i rapporti burocratici grazie all'utilizzo delle tecnologie ICT, è pur vero che ci sono numerosi fattori di criticità da considerare e risolvere, come la reale accessibilità di questi strumenti e l'effettiva volontà dell'amministrazione di usarli con un atteggiamento orientato alla comunicazione. Del resto, l'innovazione tecnologica, se viene assunta dagli enti come mero adempimento normativo, non sarà mai in grado di esprimere tutte le relative potenzialità che, invece, richiedono la formulazione di strategie organizzative globali e di lungo periodo.

In conclusione, da quanto in precedenza accennato emerge un quadro sull'informatizzazione pubblica ricco di luci ed ombre, dove le ombre prevalgono ancora: in questo contesto e considerando gli anni passati dall'adozione delle prime fondamentali leggi sull'automazione dei processi amministrativi, il nuovo Codice dell'amministrazione digitale da un lato potrebbe agire come nuovo stimolo all'adozione delle misure di ristrutturazione organizzativa, procedimentale e strutturale degli enti ancora in ritardo nel cammino di informatizzazione; dall'altro lato, però, sembra destinato ad avere scarsa efficacia alla stregua dei precedenti interventi legislativi adottati nella materia in esame.

15. L'applicazione del principio di trasparenza nel settore degli appalti e dei concorsi pubblici.

La fondamentale esigenza di trasparenza è immanente all'intero sistema amministrativo: in buona sostanza essa «riguarda praticamente tutti i profili della vita dell'amministrazione»(115). Tuttavia, vi sono ambiti in cui tale esigenza è avvertita in modo più marcato: si pensi, a mero titolo esemplificativo, agli appalti o, più in generale, alle gare pubbliche, all'attività concorsuale, alla secretazione - da parte della p.a. - di atti senza adeguata giustificazione ed anche all'istituto del silenzio che, nelle forme del silenzio-inadempimento, può determinare ambiguità ed oscurità nell'ambito dell'azione amministrativa.

Soprattutto in questi contesti, regolare l'assetto degli interessi in funzione del perseguimento del fine pubblico che si concretizza durante il procedimento, è un'attività che, se priva delle necessarie condizioni che ne assicurino la trasparenza, può determinare pericolose strumentalizzazioni dell'interesse pubblico e del relativo concreto assetto di interessi, con intuibili effetti dannosi. In tal senso un ruolo fondamentale ha la materia degli appalti pubblici(116), che riveste un particolare interesse ai fini della presente trattazione con riferimento soprattutto alla normativa comunitaria, oltre che nazionale(117): non bisogna dimenticare, infatti, che la stessa Unione europea, già Comunità Europea, nasceva più di mezzo secolo fa proprio come spazio economico comune, all'interno del quale la circolazione di capitali e merci avvenisse senza restrizione(118). Il progresso tecnologico e la correlata possibilità degli imprenditori di usufruire di un mercato più ampio di quello strettamente locale, hanno comportato l'inevitabile conseguenza che il complesso delle direttive comunitarie emanate in materia si è ispirato anzitutto al principio di trasparenza: si tratta, come è noto, di un sistema articolato e multiforme, ma anche caratterizzato - appunto - da regole trasparenti dettate in funzione di una sempre maggiore apertura alla concorrenza dei pubblici appalti, dando il giusto rilievo al ricorso alle procedure aperte rispetto a quelle ristrette, ed all'utilizzo di criteri trasparenti per la selezione delle offerte(119).

In effetti, la normativa di livello comunitario ha accentuato il ricorso nella legislazione nazionale a criteri di trasparenza, favorendo - anche in via indiretta - la libertà di mercato.

I dati statistici(120) testimoniano che, prima degli interventi normativi operati dalla Unione europea, soltanto il due per cento degli appalti pubblici veniva aggiudicato da imprese non nazionali: una percentuale evidentemente troppo bassa per agevolare la libertà della concorrenza e lo sviluppo economico non solo delle imprese, ma del tessuto sociale nel suo complesso(121). Da qui l'impegno delle istituzioni comunitarie per una maggiore pubblicizzazione degli appalti pubblici banditi sul territorio comunitario: infatti, solo l'effettiva conoscenza delle procedure in corso può garantire un'adeguata e numerosa partecipazione, con indubbie ricadute sul positivo esito della procedura(122). Nelle fonti primarie un ruolo determinante va certamente attribuito alla normativa di cui al d.lg. n. 163/2006(123) - come modificato ed integrato dal d.lg. n. 6/2007 - che, in attuazione dei principi UE, riconosce la posizione primaria della trasparenza(124).

In linea generale, infatti, il sopraindicato d.lg. tende ad una più ampia e marcata enucleazione dei principi informatori della disciplina dell'affidamento e dell'esecuzione degli appalti pubblici nel nostro ordinamento, in ossequio alle più avanzate interpretazioni dell'art. 97 Cost. e ai principi contenuti nel Trattato istitutivo. In tal modo viene garantita la qualità delle prestazioni e il rispetto del principio di trasparenza e di altri principi, quali quello di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e pubblicità nelle procedure di affidamento degli appalti e nell'esecuzione degli stessi.

In questo senso l'art. 2 d.lg. n. 163/2006 riprende il dato normativo fornito dall'art. 2 della Direttiva Unica Appalti (secondo cui «le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza») e relativamente al richiamato principio di economicità, di matrice comunitaria, precisa che lo stesso possa cedere il passo di fronte a prevalenti esigenze pubbliche o ad istanze di ordine sociale ritenute, appunto, prioritarie dal bando, nei limiti tuttavia di quanto previsto e consentito dalle norme vigenti.

Il d.lg. n. 163/2006, peraltro, fa propri anche i principi informatori della nuova disciplina del procedimento amministrativo, per cui le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici devono essere espletate, con rinvio dinamico, nel rispetto della legge n. 241/1990 come novellata dalla legge n. 15/2005(125).

Il principio di trasparenza è determinante anche nell'esecuzione delle attività collegate al bando di gara(126). Tuttavia, non si può non rilevare che accanto alla fondamentale esigenza di tutelare la trasparenza e la pubblicità nell'ambito delle gare d'appalto pubblico, si pone un'ulteriore esigenza non meno importante della prima: quella, cioè, di tutelare il diritto di ciascuna impresa, che abbia partecipato ad una delle sopraindicate gare, a mantenere il massimo riserbo sui dati trasmessi all'amministrazione in sede di presentazione dell'offerta(127).

In tale contesto vengono trasmesse alla p.a. una serie di informazioni (si pensi, ad esempio, a quelle relative al personale delle imprese, alla corretta esecuzione dell'appalto, all'elenco dei fornitori, ai dati concernenti la sicurezza dei cantieri, alla contabilità fiscale, alle informazioni commerciali attinenti ai propri clienti, soci e concorrenti e così via) che assai spesso sono essenziali per la sopravvivenza commerciale dell'impresa.

Da ciò deriva, quindi, che una tutela effettiva della riservatezza delle imprese, può essere ottenuta soltanto attraverso dei limiti legislativi legati alla trasparenza ed alla pubblicità degli atti e documenti in possesso dell'amministrazione.

Proprio in considerazione di ciò il combinato disposto degli artt. 24 e 59 t.u. n. 196/2003 (cosiddetto Codice in materia di protezione dei dati personali) prevede - in materia di diritto alla riservatezza delle imprese nell'ambito delle gare d'appalto - che, solo nei casi espressamente previsti dalla normativa in vigore, i soggetti pubblici possono procedere al trattamento dei dati delle imprese, di cui sono venuti in possesso

in occasione di procedure concorsuali, e, inoltre, che tutte le norme in materia di accesso agli atti amministrativi restano in vigore.

Ciò è ovviamente finalizzato ad ostacolare fraudolenti circolazioni di informazioni e dati, che possono turbare il libero mercato e la libera concorrenza.

Non meno importanti sono gli artt. 18 e 19 del citato t.u. n. 196/2003, ove è espressamente stabilito che qualunque trattamento di dati personali da parte di soggetti pubblici è consentito soltanto per lo svolgimento delle funzioni istituzionali. Nello stesso tempo si prevede anche che la comunicazione dei dati a privati è ammessa soltanto laddove sia prevista da una norma di legge o di regolamento.

Nell'ambito di un articolato sistema di norme dirette a tutelare la privacy delle imprese nelle gare d'appalto(128), la giurisprudenza amministrativa - chiamata ad un'opera di bilanciamento fra le esigenze del principio costituzionalmente garantito di iniziativa economica delle imprese e della loro privacy, e quelle dell'altro principio costituzionale di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione - ha più volte affermato che il soggetto pubblico cui sia rivolta una motivata istanza di accesso relativamente agli atti ed alle procedure di una gara, è tenuto comunque ad escludere - attraverso degli appositi «omissis» - le parti del documento che non siano funzionali all'interesse giuridico del richiedente, il quale in ogni caso non può diffondere i dati dei quali è venuto a conoscenza, pena la realizzazione del reato di cui all'art. 167 t.u. n. 196/2003(129). Per quanto riguarda l'accesso agli atti di gara, l'art. 13 d.lg. n. 163/2006 rappresenta un momento di fondamentale attuazione dei principi di trasparenza e di partecipazione. Infatti, il primo comma del predetto articolo stabilisce che il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, incluse le candidature e le offerte, è in via generale disciplinato dalla legge n. 241/1990 e succ. mod. integr. Poi, nei successivi commi si disciplinano le ipotesi in cui possono operare divieti di divulgazione o ipotesi di giustificato differimento dell'accesso, riprendendo quanto già stabilito dall'art. 22 della legge Merloni(130). Inoltre, il quinto comma del sopraindicato articolo contempla le ipotesi di divieto assoluto di divulgazione sia nel caso di informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano segreti tecnici o commerciali sia nel caso di altri eventuali aspetti riservati delle offerte medesime. Tuttavia, l'accesso ai relativi atti è possibile qualora ciò sia strumentale allo svolgimento delle proprie difese in giudizio: resta fermo, invece, il divieto di divulgazione sia dei pareri legali acquisti dai soggetti tenuti all'applicazione del d.lg. n. 163/2006 per la soluzione di liti relative ai contratti pubblici, sia delle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto(131).

Non meno rilevante è il ruolo ricoperto dal principio di trasparenza nell'ambito del delicatissimo settore dei pubblici concorsi: in merito, per quanto di interesse ai fini della presente trattazione(132), un fondamentale punto di riferimento è costituito evidentemente dal t.u. n. 165/2001 e, in maniera particolare, dal relativo art. 10, significativamente rubricato «Trasparenza delle amministrazioni pubbliche»: tuttavia, in tal senso ancor più rilevante è il terzo comma, lett. b), dell'art. 35, che fa

espresso riferimento alle modalità da seguire nel reclutamento del personale alle dipendenze della pubblica amministrazione(133).

In ogni caso, la norma che impone l'adozione di procedure trasparenti, tali da consentire la verifica delle attitudini richieste per la posizione che i vincitori dovranno ricoprire, deve essere coordinata con la precedente lettera a), la quale contempera le opposte esigenze di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa mediante il ricorso a procedimenti automatizzati, dei quali l'uso attuale è oltremodo frequente: ancora una volta l'esigenze di trasparenza si coniugano con quelle afferenti ad una logica acceleratoria, in un equilibrato e costruttivo rapporto di osmosi.

Infatti, pur nella costante tensione verso una celere selezione degli elementi migliori, la pubblica amministrazione banditrice deve tenere ben presenti le esigenze di trasparenza in ogni fase della procedura concorsuale, fino al momento dell'assunzione in servizio(134). Conseguentemente, la commissione esaminatrice è tenuta a predeterminare i criteri di massima per la redazione delle prove scritte(135), i criteri di valutazione dei titoli e di ogni altro documento ritenuto utile ai fini della valutazione(136), ciascuno di essi accompagnato da un punteggio predeterminato e congruo(137).

Tale autolimitazione si traduce, secondo la giurisprudenza prevalente, in un vincolo all'esercizio della discrezionalità tecnica che generalmente connota l'operato delle commissioni di concorso(138). L'interrelazione tra principio di trasparenza e logica acceleratoria presenta connotati particolarmente intensi anche in riferimento alle sovvenzioni(139): è «assai rilevante ai fini della trasparenza... la subordinazione della concessione di sovvenzioni, contributi o vantaggi economici di qualsiasi genere alla predeterminazione e pubblicazione dei criteri e delle modalità cui l'amministrazione competente deve attenersi»(140).

16. Le molteplici espressioni del principio di trasparenza.

La trasparenza, come principio di derivazione costituzionale al quale uniformare l'attività amministrativa e, quindi, come metodo di azione, si estrinseca in una serie di strumenti attuativi (URP, Sportelli Unici, comunicazione di avvio del procedimento, obbligo di motivazione ecc.) di tale metodo, i quali, quantunque esteriormente molto diversi tra loro, se visti (non singolarmente ma) complessivamente nella loro organicità funzionale alla trasparenza, possono essere ridotti a sistema e costituire una sorta di rete globale finalizzata ad assicurare il rispetto del principio di trasparenza ed, in ultima analisi, un diffuso controllo democratico(141).

Nei paragrafi successivi, per evidenti esigenze di brevità, si prenderanno in esame solo alcuni dei principali istituti giuridici che sono espressione del principio di trasparenza.

Conseguentemente, non sarà possibile - visti i contenuti limiti del presente lavoro - fare un'approfondita analisi, ad esempio, del diritto di accesso, che da solo richiederebbe un'autonoma trattazione. Tuttavia, non si può non fare almeno un accenno al fatto che la legge n. 15/2005 ha introdotto alcune importanti novità in materia di diritto di accesso, arrivando a modificare sostanzialmente la precedente disciplina legislativa. In particolare, il nuovo testo dell'art. 22 legge n. 241/1990 e

succ. mod. integr. contiene innanzi tutto una serie di definizioni tese all'applicazione concreta della nuova normativa: in effetti, la norma fornisce, per la prima volta, una compiuta definizione della nozione di diritto di accesso, di soggetti interessati, di controinteressati, di documento amministrativo, di pubblica amministrazione, secondo una tecnica normativa già in uso in sede europea. In tale contesto il diritto di accesso viene ad assumere un'estensione molto ampia, fino ad essere espressamente qualificato come «principio generale dell'attività amministrativa», al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza, di cui rappresenta il più diretto corollario. Inoltre, il diritto di accesso viene ricondotto nella sfera dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, da garantire su tutto il territorio nazionale [art. 117, 2° co., lett. m), Cost.]: è, comunque, fatta salva la facoltà di ogni ente, con riferimento all'azione amministrativa di propria competenza, «di garantire livelli ulteriori di tutela». La norma, poi, elenca i documenti esclusi dal diritto di accesso (istanze preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni; documenti coperti da segreto di Stato; quelli attinenti ai procedimenti tributari; quelli concernenti l'attività diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione, ecc.). Si è in presenza, come è intuibile, di un allargamento delle categorie dei documenti sottratti all'accesso, che è bilanciato da alcune delimitazioni all'esclusione dall'accesso stesso (come, ad esempio, nel caso in cui si prevede che l'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento ovvero sia necessario per curare o per difendere i propri interessi giuridici): si tratta, evidentemente, degli approdi - cristallizzati ora in norme giuridiche - ai quali è giunta in questi ultimi anni l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa(142).

17. URP e Sportelli Unici.

La pubblica amministrazione si avvicina al cittadino nella sua duplice veste di fruitore di servizi e di gestore dell'attività economica, anche attraverso due rilevanti istituti giuridici che costituiscono chiara espressione del principio di trasparenza: gli sportelli unici e gli uffici di relazione con il pubblico.

Per quanto riguarda questi ultimi, è ovvio ed inevitabile il riferimento alla disposizione di cui all'art. 11 del testo unico sul pubblico impiego (d.lg. n. 165/2001) che, nel riproporre la norma di cui all'art. 12 d.lg. n. 39/1993, successivamente modificato dalla legge n. 273/1995, consente alle singole pubbliche amministrazioni di individuare e costituire, ove non esistenti, appositi uffici per le relazioni con il pubblico all'interno delle loro strutture(143).

Proprio su questo particolare ufficio il legislatore fa un notevole affidamento per raggiungere il fondamentale obiettivo di rendere effettivo il principio di trasparenza dell'azione amministrativa, tanto da individuare come altamente preferibile l'utilizzo delle tecnologie informatiche, che ormai sono indispensabili per una gestione trasparente ed efficiente delle procedure(144). Al fine di predisporre un bagaglio umano sufficientemente preparato all'impatto di siffatta normativa sulle modalità operative di qualsiasi ufficio della pubblica amministrazione, la legge si premura di assicurare agli operatori la necessaria formazione di base, soprattutto con riferimento

alle materie della comunicazione e della gestione del contatto con l'utenza, mediante l'ausilio delle strutture centrali del Dipartimento per l'informazione e l'editoria.

Una conferma del valore promozionale riconosciuta dalla legge nei confronti di questa rilevante funzione, si può desumere dal richiamo contenuto nell'ultimo comma dell'art. 11 d.lg. cit. - laddove l'attività svolta dal pubblico dipendente all'interno delle strutture degli URP è valutata autonomamente come titolo ai fini dei pubblici concorsi e dell'avanzamento di carriera - e nel penultimo comma dello stesso articolo, che consente al dirigente del servizio di agire in piena autonomia non solo per predisporre, mediante l'ausilio di tecnologie informatiche, le iniziative più opportune per il potenziamento delle relazioni con il pubblico, ma anche per favorire la conoscenza e la penetrazione del servizio nel tessuto sociale, oltre che l'innalzamento complessivo del livello di efficienza(145). Tutto ciò è in perfetta sintonia con quella tendenza legislativa che trova la sua punta più avanzata nel nuovo art. 3 bis legge n. 241/1990 e succ. mod. integr., che - come già accennato in precedenza - incentiva l'uso della telematica nelle pubbliche amministrazioni, proprio al fine di conseguire l'obiettivo di una maggiore trasparenza ed efficienza.

Per quanto riguarda, invece, lo sportello unico per le attività produttive, la sua fonte istitutiva è rinvenibile nel d.lg. n. 112/1998, attuativo della prima legge Bassanini(146), e condivide con gli istituti sin qui sommariamente esaminati la tendenza del legislatore ad una graduale semplificazione(147) delle attività provvedimentali, idonea ad accelerare le procedure e ad avvicinare il cittadino alla dinamica operativa della pubblica amministrazione(148), in una evidente ottica di trasparenza. Una delle principali novità consiste nell'aver individuato una diversa categoria di soggetti fruitori dell'istituto in esame(149), ossia gli appartenenti al mondo imprenditoriale, i quali, potendo avvalersi delle potenzialità dello sportello unico, ottengono indubbi benefici in termini di riduzione di costi di produzione e di gestione(150). Conseguentemente, l'istituzione dello sportello unico, oltre a costituire ennesimo riscontro di un consolidato orientamento del legislatore alla trasparenza ed alla efficienza, porta con sé una rilevante funzione sociale, giacché l'intervento in tal modo operato all'interno del substrato economico di una determinata realtà territoriale può generare positivi sviluppi a medio e lungo termine, con ripercussioni sulla produttività e la ricchezza del sistema nel suo complesso(151).

Il fenomeno in esame prende le mosse da una complessiva devoluzione delle competenze a favore dei Comuni, i quali per effetto dell'art. 23, 1° co., d.lg. n. 112/1998, non solo sono chiamati a regolare la fase genetica, funzionale ed operativa degli impianti produttivi afferenti al proprio territorio, ma si vedono attribuito anche il potere di rilascio dei titoli edilizi necessari. Questa decisiva attribuzione, peraltro, avviene in maniera sostanzialmente equilibrata, visto che il legislatore conserva in capo alle Regioni un opportuno potere di indirizzo e coordinamento, che si esplica soprattutto nella localizzazione degli insediamenti produttivi: per tale attività, infatti, è necessaria una «visione d'insieme» del territorio che solo l'ente sovraordinato è in

grado di fornire(152). Tuttavia, l'imprescindibile nesso fra l'anelito di trasparenza e il celere raggiungimento degli obiettivi di efficienza dell'amministrazione è ribadito con forza dall'ultimo comma dell'art. 23, che attribuisce «prioritariamente» agli uffici dello sportello unico le attività di assistenza alle imprese(153).

Nel successivo art. 24 sono previsti i principi ispiratori ai quali ciascun Comune deve attenersi nella istituzione e nel funzionamento dello sportello unico. Di particolare rilievo sistematico è la prima disposizione della norma in discorso, che consente la gestione concordata intercomunale di un solo sportello in via alternativa, ma non incondizionatamente(154): infatti, è necessario che in tale evenienza venga rispettata l'unicità del centro gestore dell'intera procedura. La centralizzazione delle attività connesse alla nascita degli insediamenti produttivi(155) è ulteriore indice sintomatico dell'ormai diffusa tendenza del legislatore all'ottenimento - in particolare - del risultato di gestione, mediante l'applicazione di uno strumento procedimentale che dai più è stato efficacemente paragonato alla conferenza di servizi. Tuttavia, poiché tale conferimento esclusivo avrebbe potuto determinare situazioni problematiche specialmente nei Comuni di dimensioni minori, il legislatore ha previsto la possibilità per gli uffici competenti di stipulare idonee convenzioni con le camere di commercio, oltre che di servirsi della collaborazione di altre amministrazioni locali(156).

In perfetta sintonia con le esigenze di trasparenza ed efficienza sono anche i numerosi compiti informativi(157) che, nel guidare l'imprenditore o la società istante attraverso l'insieme delle procedure previste dalla normativa, gravano sullo sportello unico: il più importante di tali compiti è sicuramente quello di rendere conoscibili ai potenziali fruitori le attività promozionali e le informazioni provenienti dall'ente Regione, favorendo una funzione di raccordo tesa a velocizzare la circolazione delle notizie ed a semplificarne il reperimento da parte del privato richiedente.

Il successivo art. 25 traccia, come è noto, le linee ispiratrici del funzionamento dell'istituto, alle quali dovranno adeguarsi i regolamenti di settore. Oltre all'espresso richiamo al valore della trasparenza di cui alla lett. b), la norma impone al Comune di istituire uno sportello unico che si interessi dell'intera fase procedimentale dall'inizio alla fine(158), nominando un responsabile del procedimento e consentendo l'intervento ai soggetti portatori di interessi diffusi. Inoltre, si prevede l'istituto del silenzio assenso e la possibilità per l'istante di autocertificare determinate condizioni o qualità(159): sin qui, ovviamente, nulla di nuovo, in quanto appare evidente il richiamo ai principi generali della legge n. 241/1990. Invece, un'importante novità è contenuta nelle successive lett. f) e g) del medesimo articolo, che introducono all'interno dell'istituto la variante della conferenza di servizi, quale modulo idoneo a soddisfare in via immediata e diretta le esigenze di trasparenza ed efficienza di chi è intenzionato ad avviare una attività imprenditoriale (160).

Sempre in funzione delle esigenze di trasparenza ed efficienza, appare di non poco momento la clausola di chiusura del conclusivo art. 27 bis, che facoltizza le amministrazioni e gli enti competenti ad adottare le misure organizzative strettamente collegate allo svolgimento delle attività procedimentali dello sportello unico. Questa «subdelega» organizzativa consentita dalla fonte di rango primario si

rivela uno strumento particolarmente efficace per la gestione «a valle» della complessa procedura, in vista dell'effettivo rilancio dello sportello unico che possa adempiere alle esigenze di funzionalizzazione alla trasparenza ed efficienza attualmente imperanti nell'odierna attività amministrativa(161). Tuttavia, la disciplina di fonte primaria edificata dal legislatore, per quanto abbastanza coerentemente disegnata in termini di normazione di principio, ha richiesto notevoli interventi di dettaglio, attuati in un primo momento dal Governo con il d.p.r. n. 447/1998. Successivamente, dinanzi alle ritrosie degli interessati a servirsi di questo innovativo istituto, l'Esecutivo è intervenuto di nuovo sulla materia in esame, ravvisando la necessità di integrare le disposizioni regolamentari proprio per incentivare il ricorso allo sportello unico: tale operazione si è conclusa col d.p.r. n. 440/2000(162).

Viene in rilievo anzitutto l'art. 1 bis d.p.r. n. 447/1998 (inserito dall'art. 1 d.p.r. n. 440/2000) che, come è noto, nel procedere ad una elencazione esemplificativa delle attività di produzione previste, intende porre rimedio ad una lacuna della versione previgente del testo che, nella sua laconicità, aveva suscitato non pochi dubbi in capo agli operatori. Alle medesime esigenze di trasparenza, di semplificazione e di accorpamento, che costituiscono il leitmotiv della disciplina, risponde l'integrazione (ad opera del d.p.r. n. 440/2000) dell'art. 3 del d.p.r. n. 447/1998, in tema di patti territoriali e contratti d'area(163).

Anche l'intero procedimento semplificato mediante la conferenza di servizi subisce notevoli innovazioni ad opera del decreto del 2000, fra tutte rivestendo un valore non solo simbolico quella dell'art. 5, laddove competente a decidere sull'istanza presentata in violazione dello strumento urbanistico diviene il responsabile del procedimento in luogo del sindaco, organo di derivazione politica(164). Ovviamente, lo sportello unico per le attività produttive(165) non costituisce l'unico esempio di trasparenza e di semplificazione congiunta delle attività amministrative(166): infatti, ad arricchire il quadro di un ulteriore strumento operativo in materia edilizia concorre l'art. 5 t.u. di cui al d.p.r. n. 380 del 6-6-2001, che ha previsto lo «sportello unico per l'edilizia».

Sulla falsariga di quanto accade per l'avvio e la prosecuzione delle attività imprenditoriali, i Comuni (167) sono chiamati ad istituire appositi uffici centralizzati(168), i quali devono prendersi cura di tutti gli interessi rilevanti non solo dei privati, ma anche della pubblica amministrazione procedente(169). È prevista per i cittadini la possibilità di presentare presso tale sportello anche la denuncia di inizio attività(170), oltre ad avere il diritto di conoscere entro il termine perentorio di dieci giorni il nominativo del responsabile del procedimento: entrambe queste previsioni tendono a soddisfare in tale ambito le fondamentali esigenze di trasparenza ed efficienza.

Infine, regole pressoché analoghe sono state positivizzate con riferimento non solo al testo unico per le espropriazioni (d.p.r. n. 327/2001), con la creazione o la localizzazione di un ufficio competente ad interessarsi della procedura espropriativa nel suo insieme, dal momento iniziale dell'apposizione del vincolo

sino alla sua conclusione, negoziata o imperativa, ma anche all'art. 9 del d.lg. n. 163/2006 che ha previsto lo sportello dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Compito di tale sportello è quello di provvedere a fornire ai candidati e agli offerenti che partecipano alle procedure di gara tutte le informazioni relative sia alla normativa vigente nel luogo in cui verrà espletata la procedura di affidamento e di esecuzione del contratto pubblico, sia alle norme vigenti in materia fiscale, di tutela dell'ambiente, di sicurezza e condizioni di lavoro. In buona sostanza lo sportello unico, in una evidente ottica di trasparenza, tende ad ottimizzare la diffusione delle informazioni relative alle procedure di gara, senza comunque sovrapporsi alle prerogative proprie degli osservatori regionali: a tale scopo fornisce ai soggetti indicati tutta la documentazione per la presentazione delle candidature e delle offerte di partecipazione alle procedure di gara e la sua istituzione è lasciata alla discrezionalità delle stazioni appaltanti. Inoltre, non ci sono oneri aggiuntivi per gli enti che lo istituiscono ma è prevista la sola remunerazione del servizio informativo e la possibilità di funzionamento anche telematico dello sportello stesso.

18. Trasparenza e partecipazione al procedimento.

a) La comunicazione di avvio del procedimento.

Un'importante applicazione del principio di trasparenza è costituita certamente dalla comunicazione di avvio del procedimento(171).

Come accennato in precedenza, il principio in esame trova espresso riconoscimento normativo nell'art. 1 legge n. 241/1990 e succ. mod. integr. e, più in generale, nel capo III della stessa legge, che, dettando un complesso di regole sullo svolgimento del procedimento amministrativo, costituisce un irrinunciabile baluardo del principio di trasparenza, in ottemperanza della primazia della sovranità popolare costituzionalmente sancita e del rispetto dei canoni democratici che sono alla base dell'assetto istituzionale(172).

E proprio in relazione al sopraindicato capo III la dottrina non è ancora pervenuta a soluzioni pacificamente condivise in ordine ai rapporti fra il principio di partecipazione e il principio del giusto procedimento(173): ci si chiede cioè se questi due principi siano identici, se siano due facce della stessa medaglia, se siano tra loro complementari e, soprattutto, quale dei due sia stato accolto dalla legge n. 241/1990 e succ. mod. integr.(174).

In ogni caso non sembra esservi dubbio sul fatto che tale normativa abbia accolto una nozione ampia di partecipazione, non più intesa come strumento atto a riequilibrare i rapporti con la prevalenza istituzionale della pubblica amministrazione, ma intesa nel senso di partecipazione collaborativa indirizzata al contemporaneo potenziamento della trasparenza e dell'efficacia dell'azione amministrativa(175): tale propensione si è ancora più accentuata con la riforma attuata con la legge n. 15/2005.

Ciò premesso è chiaro che, da un punto di vista logico prima ancora che giuridico, il cittadino ha la possibilità di esplicare pienamente le sue attività all'interno di un procedimento se è posto in grado di conoscerne l'esistenza(176): a tanto provvede l'art. 7 legge n. 241/1990(177), che costituisce una disposizione fortemente innovativa

rispetto alla situazione giuridica preesistente, stigmatizzata dalla dottrina per l'assenza di un obbligo generalizzato di comunicazione dell'avvio del procedimento(178). Infatti, prima dell'emanazione della fondamentale legge n. 241/1990, la p.a. non aveva alcun obbligo di assicurare la partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, nonostante le numerose critiche dottrinali che assegnavano al principio di partecipazione un ruolo di primo piano(179).

Nel recepire tali critiche, la legge sul procedimento da un lato ha introdotto la norma di cui all'art. 7 cit., che attiene non solo alla trasparenza dell'agire amministrativo ma anche a tutti quegli aspetti attraverso i quali la pubblica amministrazione, coinvolgendo i destinatari dell'atto conclusivo nella effettuazione delle sue scelte, tende al perseguimento degli obiettivi di efficienza ed efficacia(180); dall'altro lato ha tracciato numerosi punti fermi sui quali si è attestata anche la legislazione successiva: si pensi alla costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento, alla generalizzazione della partecipazione, alla funzione di filtro contro la proliferazione del contenzioso giurisdizionale(181).

La regola della comunicazione, poi, può essere derogata(182) soltanto se vi sono ragioni di impedimento scaturenti da particolari esigenze di celerità del procedimento(183), di cui si deve evidentemente dare conto nel provvedimento finale(184).

In tali casi si assiste ad una evidente compressione del principio di trasparenza: tuttavia, di fronte ad emergenze reali, il sacrificio della trasparenza procedimentale può, in definitiva, anche essere accettato. Va, invece, stigmatizzato di fronte a emergenze cosiddette definitive e cioè indefinitamente perduranti a scapito di un'irrinunciabile esigenza di certezza e di trasparenza(185). Non contrasta con tale ultima esigenza la previsione - contenuta nello stesso art. 7 - secondo cui la comunicazione di avvio può essere preceduta da provvedimenti cautelari(186): in questo senso la disposizione si rivela come una norma di chiusura del sistema.

Il giudice amministrativo, nel recepire alcune conclusioni cui la dottrina è pervenuta, si è posto nel senso di cercare di contemperare il pieno diritto alla partecipazione procedimentale e il connesso principio di trasparenza con le sopraindicate esigenze di speditezza e rapidità dell'azione amministrativa.

In merito è stato osservato che il sistema di democraticità delle decisioni amministrative va presidiato nella sostanza e non nella mera forma: conseguentemente, se l'interessato è a conoscenza di un procedimento nei suoi confronti e, in qualunque momento, è in grado di intervenire, non si può ritenere violato alcun canone del giusto procedimento(187).

Tale orientamento si fonda su un'opportuna lettura sostanziale delle regole della partecipazione, basata sul principio conservativo del raggiungimento dello scopo(188) e tesa a bilanciare esigenze di legalità e di efficienza del procedimento amministrativo(189): in particolare, si è affermato in qualche dictum di Palazzo Spada, che la comunicazione di avvio non sia necessaria allorché l'apporto dei privati interessati non sia realizzabile o quando il procedimento abbia comunque raggiunto

il suo scopo o, ancora, nel caso in cui l'esito del procedimento non possa essere diverso da quello effettivamente adottato(190). Inoltre, in una prospettiva di salvezza dell'agire della p.a., si è ritenuta la superfluità della comunicazione in tutti i casi in cui il privato, sebbene non ritualmente notiziato, abbia comunque potuto far valere le proprie istanze in altro modo(191) o anche in tutte le ipotesi in cui la comunicazione d'avvio non sia avvenuta nelle forme puntuali di cui all'art. 7 legge cit., ma la pubblica amministrazione vi abbia provveduto con atto equipollente: «costituisce principio ormai acquisito che (le norme in materia di partecipazione al procedimento) non debbono essere applicate meccanicamente e a fini meramente strumentali, ma solo quando la comunicazione di avvio del procedimento apporti una qualche utilità all'azione amministrativa, coerentemente alla funzione di arricchimento sul piano del merito e della legittimità che possa derivare dalla partecipazione del destinatario del provvedimento»(192). Tali principi sono stati recepiti dalla legge n. 15/2005(193) che ha introdotto nella legge n. 241/1990 l'art. 21 octies(194), il quale al secondo comma ha escluso l'annullabilità del provvedimento amministrativo non solo nel caso di violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti se, per la natura vincolata del provvedimento, è chiaro che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato(195), ma anche nel caso di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere differente da quello emanato(196).

Non vi è dubbio che sul punto la novella legislativa(197) ha introdotto un principio dalla portata potenzialmente molto ampia(198): tuttavia, ciò non deve destare particolare preoccupazione, in quanto tale principio - mutuato dall'ordinamento tedesco(199) - è destinato ad operare sempre e comunque nel giudizio ed ope exceptionis(200).

Più in particolare la giurisprudenza(201), ai fini dell'accertamento della sopraindicata situazione di inutilità della comunicazione, ha elaborato una serie di criteri idonei ad orientare l'attività dell'amministratore e dell'interprete, con conseguente sostanziale inoperatività dell'obbligo di comunicazione(202): il provvedimento finale deve caratterizzarsi per l'assenza di discrezionalità, oltre che per la doverosità; l'accertamento dello stato di fatto deve risultare ictu oculi, senza necessità di indagini lunghe e complesse(203); le norme applicabili nella fattispecie di volta in volta considerata non devono presentare particolari dubbi interpretativi(204).

In ogni caso è affermazione generalmente condivisa quella secondo cui il principio della necessità della comunicazione, ad eccezione delle sopracitate ipotesi, abbia valore di principio generale dell'ordinamento giuridico(205) anche in funzione di una più accentuata tutela sostanziale(206) delle esigenze legate al principio di trasparenza(207).

b) L'intervento nel procedimento amministrativo ed il preavviso di rigetto.

Un ulteriore fondamentale indice della volontà del legislatore di attuare appieno il principio di trasparenza nell'ambito amministrativo, è costituito dall'art. 9 legge n. 241/1990 che, come è noto, consente ad ogni soggetto portatore di situazioni

soggettive potenzialmente pregiudicate dal provvedimento, di intervenire nel procedimento stesso. La norma, lungi dall'edificare una garanzia a senso unico in favore del soggetto interventore, trova un suo ulteriore sbocco nella possibilità per la pubblica amministrazione di ampliare il proprio bagaglio conoscitivo, giungendo così a soluzioni negoziate e fornite di un alto tasso di condivisione sociale(208).

In considerazione dell'ampiezza dell'espressione utilizzata dal legislatore, si ritiene che siano legittimati ad intervenire non solo i portatori di interessi privati, ma anche lo Stato e gli enti territoriali: ciò è ulteriormente avvalorato dalla riforma del titolo V della Costituzione(209), che, decentrando i livelli di governo, rende sempre più frequente l'eventualità di un intervento procedimentale di un ente pubblico nelle determinazioni adottate da un altro ente(210).

Il profilo di maggiore problematicità insito nell'art. 9 cit. riguarda la natura giuridica della situazione richiesta perché un soggetto possa legittimamente intervenire in un procedimento amministrativo già avviato: sconfessando la minoritaria corrente di pensiero, secondo cui sarebbe sufficiente un interesse di mero fatto a consentire l'ingresso di un soggetto nel procedimento, la maggior parte degli studiosi concorda nel ritenere, invece, che l'interesse del privato debba consistere quanto meno nell'interesse legittimo(211).

Del resto, uno dei principali aspetti contenuti nell'art. 9 è quello relativo alla facoltà, per la prima volta riconosciuta dalla legge in termini generali, di consentire l'intervento anche ai soggetti portatori di interessi diffusi(212), con evidente vantaggio anche in termini di trasparenza.

Tale riconoscimento, mutuato dall'esperienza anglosassone delle class actions, consente il definitivo superamento della concezione veteroprocedimentale dell'azione amministrativa, caratterizzata dal mero esercizio di poteri e facoltà esclusivamente ricadenti su un privato al quale era riconosciuta tutt'al più una posizione difensiva di fronte alla supremazia della pubblica amministrazione(213).

Tuttavia, allo scopo di evitare azioni pretestuose e dilatorie, la legge si premura di chiarire che è inibito al singolo di agire personalmente a tutela di situazioni giuridiche superindividuali, essendo invece prevista a tal fine la possibilità di intervenire nel procedimento da parte delle associazioni e comitati formalmente disciplinati dalle regole del codice civile(214).

Oltre a questo requisito, di ordine prettamente strutturale, se ne aggiunge un altro di carattere operativo: le associazioni ed i comitati, seppur giuridicamente esistenti, possono intervenire nel procedimento amministrativo solo se dimostrano di poter essere sottoposti ad un pregiudizio concreto ed attuale derivante dal procedimento stesso(215). Sul versante processuale si pone il problema di stabilire quali rapporti intercorrano fra l'intervento nel procedimento e la legittimazione processuale ad impugnare il provvedimento conclusivo.

Un autorevole orientamento si è posto nel senso di ritenere sussistente fra i due concetti un rapporto di netta assimilabilità, giacché il procedimento amministrativo si strutturerebbe come un momento preliminare di composizione degli interessi, a seguito del cui infausto esito dovrebbe essere assicurato agli stessi soggetti intervenuti di porre in discussione l'operato della pubblica amministrazione, onde non

vanificarne il diritto alla tutela giurisdizionale(216). In altre parole, consentire la partecipazione per poi negare la legittimazione processuale sarebbe illogico e contraddittorio, prima che antigiuridico(217). In senso contrario, tuttavia, la giurisprudenza prevalente riconosce tutela giurisdizionale alle sole formazioni associative che, anche prima dell'intervento, siano comunque titolari di un interesse qualificato esponenziale(218). Tale soluzione si giustifica sul versante testuale argomentando dalla natura di norma sostanziale, e non processuale, dell'art. 9(219).
Nonostante la Carta costituzionale abbia riservato alle sopraindicate organizzazioni e ad altre forme di espressione di interessi di natura collettiva una dignità di livello primario, ragioni storiche, culturali, etniche hanno determinato una lenta diffusione di tali fenomeni: infatti, solo alla fine degli anni sessanta si sviluppò la necessità di dar vita, soprattutto nel settore ambientale, a forme di aggregazione che, prescindendo da una logica partitica, cercassero di promuovere un'azione avente ad oggetto interessi facenti capo all'intera comunità.

Malgrado la chiara utilità sociale di tali organizzazioni, è nota la sostanziale chiusura inizialmente assunta dallo Stato e di fatto ribadita con la legge n. 349/1986 (istitutiva del Ministero dell'Ambiente) che creava un nuovo meccanismo di individuazione formale dei soggetti agenti. È solo con la previsione normativa di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., che il legislatore costituzionalizza il perseguimento di interessi generali da parte di soggetti non pubblici, in forma singola o associata: un'importante ipotesi di soggetto privato senza scopo di lucro e volto a realizzare attività di interesse generale, è rappresentato proprio dall'associazione ambientalista, la cui legittimazione ad agire in giudizio a tutela dell'ambiente, nonostante le riforme costituzionali, trova ancora il suo presupposto - ad eccezione del ristretto ambito delle associazioni riconosciute - nel diretto ed immediato collegamento con un dato territorio oppure in situazioni giuridiche soggettive riconosciute normativamente nell'ambito di procedimenti amministrativi. Inoltre, ai sensi della normativa vigente in materia de qua, tale legittimazione rimane eccezionale, in quanto costituisce una deroga all'ordinario processo di giuridicizzazione degli interessi di fatto in interessi legittimi: conseguentemente, il provvedimento che si vuole impugnare deve comportare una lesione diretta ed immediata dell'interesse all'ambiente(220).

Tale indirizzo giurisprudenziale desta non poche perplessità non solo per la sopraindicata riforma costituzionale in ordine alla perseguibilità di interessi generali anche da parte di soggetti non pubblici, ma anche alla luce della ormai consolidata giurisprudenza della Consulta relativa alla natura intersettoriale dell'ambiente. A ciò deve aggiungersi non solo l'evoluzione dell'istituto della partecipazione procedimentale, ma anche sia l'art. 146, 11° co., d.lg. n. 42/2004, secondo cui tutti i soggetti pubblici e privati che hanno interesse possono impugnare le autorizzazioni paesaggistiche(221), sia l'art. 3, 1° co., d.lg. n. 195/2005, in forza del quale il diritto di accesso all'informazione in materia ambientale è stato riconosciuto a qualsiasi soggetto - persona fisica o associazione -, senza che il richiedente debba dimostrare la titolarità di una particolare posizione legittimante. Quest'ultima norma, attuativa

della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, ricopre un importante ruolo nel più generale contesto relativo alle esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa: tale speciale disciplina del diritto di accesso all'informazione in materia di ambiente si differenzia rispetto alla disciplina generale contenuta nella legge n. 241/1990 e succ. mod. integr. (v. retro) almeno sotto due profili: quello relativo all'estensione del novero dei soggetti legittimati all'accesso e quello relativo al contenuto delle informazioni accessibili(222). In ogni caso incisive saranno le ripercussioni sulla materia in esame per effetto dell'introduzione nel nostro sistema di un modello di class actions (che non è quello nordamericano anche se gli assomiglia molto) ad opera della legge 24-12-2007, n. 244 con cui è stata approvata la finanziaria per il 2008.

Dai sintetici profili in precedenza evidenziati si evince che la previsione normativa di cui all'art. 9 legge n. 241/1990 e succ. mod. integr., facendo tesoro dei risultati raggiunti soprattutto in tema di legittimazione delle associazioni di tutela ambientale, si pone nel sistema complessivo della stessa legge n. 241/1990 come fondamentale strumento di garanzia ed imprescindibile forma di manifestazione del principio di trasparenza. Nella stessa direzione si colloca anche l'importante rafforzamento della partecipazione procedimentale derivante dall'introduzione - ad opera dell'art. 6 legge n. 15/2005 - della fondamentale norma di cui all'art. 10 bis legge n. 241/1990, che rivisita la disciplina dei procedimenti ad istanza di parte(223). In tali procedimenti viene introdotta un'ulteriore fase partecipativa, qualora l'amministrazione si orienti nel senso di non accogliere l'istanza di parte: in questo caso prima di emanare il provvedimento negativo la p.a. è tenuta a dare comunicazione (cosiddetto preavviso di rigetto) dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza. Ciò determina l'apertura di una nuova istruttoria con la partecipazione dell'istante, che, in relazione alla motivazione negativa dell'amministrazione, ha diritto di fare osservazioni e depositare documenti, dei quali la p.a., se non cambia il suo orientamento negativo, deve dare giustificazione nella parte motiva del provvedimento negativo finale(224).
Si tratta, in buona sostanza, di un'importante norma sul contraddittorio endoprocedimentale necessario, che costituisce un'ulteriore manifestazione del principio di trasparenza e che finisce per attribuire al partecipante più concrete chance di ottenere dalla p.a. il bene della vita(225) a cui tende.
Inoltre, il nuovo art. 10 bis è anche funzionalizzato ad un evidente obiettivo di deflazione del contenzioso(226). Prima della modifica apportata dalla legge n. 15/2005 l'interessato, venuto a conoscenza dei fattori ostativi all'accoglimento della domanda solo con il provvedimento finale, non aveva altra possibilità che percorrere la via giurisdizionale o giustiziale (per contestarli o per censurare il mancato esercizio dei poteri di integrazione documentale) ovvero dare impulso ad un nuovo ed autonomo procedimento nel momento in cui se ne determinavano i presupposti precedentemente mancanti. Ora, l'introduzione di un rafforzamento del contraddittorio endoprocedimentale, se indubbiamente produce un appesantimento dei procedimenti ad istanza di parte (in non perfetta armonia col principio di cui all'art. 1, 2° co., legge cit.), al tempo stesso risponde - in un'ottica di trasparenza - ad una

effettiva esigenza di accrescimento della funzionalità procedurale, determinandosi anche un concreto vantaggio derivante dall'alleggerimento delle incombenze burocratiche: infatti, tale nuovo meccanismo, favorendo possibili sistemi di autocorrezione, previene la moltiplicazione dei procedimenti(227). Viene, così, a verificarsi un'importante estensione dell'istituto della partecipazione procedimentale in base al principio che la decisione amministrativa è sempre frutto di una dialettica tra le parti interessate: in molti casi, coinvolgendo in modo diretto il soggetto interessato, si possono più facilmente superare dubbi e difficoltà che, se non chiariti, potrebbero determinare l'emanazione di provvedimenti negativi(228). Il privato nella fase partecipativa può anche modificare la propria domanda, rimuovendo gli elementi eventualmente in contrasto con le esigenze dell'amministrazione, con una conseguente possibile conclusione positiva del procedimento(229).

In effetti, la disposizione normativa di cui all'art. 10 bis cit. punta a rendere ancora più trasparente ed agevole il rapporto tra privato e pubblica amministrazione nel contesto procedimentale, incidendo sulla essenza stessa del procedimento(230).
In definitiva, il nuovo istituto procedimentale in esame è destinato a porsi come lo strumento istituzionalizzato di comunicazione tra il cittadino e la p.a. In tale contesto un ruolo fondamentale è ricoperto dal dovere di informazione trasparente e completa, che è inscindibilmente collegato al principio di buona fede oggettiva nella sua dimensione pervasiva della dinamica del potere. E proprio con l'introduzione dell'art. 10 bis il sopraindicato dovere (ed il corrispondente principio di trasparenza) assume una nuova e più accentuata connotazione, nel senso che viene ad incorporare un valore in sé (che rende giuridicamente rilevanti le deficienze informative), «senza per ciò sottrarre al modulo del procedimento la sua valenza di formidabile strumento di emersione di quei fatti ed interessi che l'amministrazione è chiamata a soppesare in sede di ponderazione ed ottimizzazione dell'interesse pubblico. Alla luce di queste premesse, la disposizione dell'art. 10 bis sembra avallare definitivamente l'idea che il "clare loqui" costituisca ormai un valore del procedimento amministrativo complessivamente considerato: esso va a connotare in modo pregnante il potere in divenire piuttosto che il solo provvedimento, che di quel potere costituisce prodotto estrinseco e terminale»(231).

c) Il responsabile del procedimento.

Anche la figura del responsabile del procedimento rappresenta, in linea con l'art. 97, 2° co., Cost., una fondamentale manifestazione del principio di trasparenza, perché garantisce non solo la presenza di un chiaro punto di riferimento, ma anche univocità di ponderazione e valutazione, e in definitiva una maggiore chiarezza e trasparenza procedimentale. Conseguentemente, l'effettività del principio di trasparenza nell'azione amministrativa è assicurata anche dal capo secondo della legge n. 241/1990 e succ. mod. integr. che agli artt. 4, 5 e 6 tratteggia un'importante figura dell'organizzazione della p.a., deputata ad instradare il procedimento amministrativo verso i binari della conclusione rapida ed efficiente(232). Tale previsione normativa tenta di porre rimedio ad una stigmatizzata contraddizione del sistema organizzatorio

della pubblica amministrazione(233), nella quale il cittadino non di rado era lasciato in balia dei singoli soggetti procedenti, dovendo dipendere da funzionari nei confronti dei quali l'ordinamento non approntava alcuna forma di sollecitazione per la loro inattività(234).

Come è desumibile da queste brevi considerazioni, il legislatore del 1990, seppur mosso dall'intento di perseguire l'efficienza dell'azione amministrativa mediante la costruzione di una unità organizzativa ad hoc, era allo stesso tempo mosso dalla preoccupazione di edificare un trasparente sistema «a doppio binario», con degli input provenienti dal singolo cittadino verso la pubblica amministrazione procedente, ed altri output viaggianti in senso opposto(235).

Nel primo caso, la previsione della figura del responsabile del procedimento tende evidentemente a garantire al cittadino un penetrante controllo sull'operato dell'amministrazione, per effetto del quale il funzionario responsabile, consapevole dei propri oneri, in teoria dovrebbe evitare lungaggini nella definizione delle pratiche sottoposte al suo esame, salvi ovviamente i casi di motivata impossibilità(236).

Nella seconda eventualità, la maggiore responsabilizzazione sottesa alla modifica legislativa ha il chiaro scopo di accrescere il livello di fiducia nei confronti delle istituzioni e degli uffici operanti. Si tratta, in buona sostanza, di un interscambio di sollecitazioni in cui, come si può agevolmente evincere, il principio di trasparenza riveste una posizione di assoluta preminenza.

In ordine, poi, alla concreta individuazione del responsabile del procedimento, l'art. 5, 1° co., legge cit. attribuisce, come è noto, al dirigente di ciascuna unità organizzativa il potere di assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la concreta responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro specifico adempimento afferente al singolo procedimento nonché, «eventualmente», dell'adozione del provvedimento finale(237).

Sebbene i limiti del presente studio non consentono di soffermarsi né sull'ampia gamma delle problematiche proprie dell'unità organizzativa, né sui problemi relativi ai rapporti che ognuna di esse può intrattenere con quelle contigue ai fini del celere svolgimento dell'attività amministrativa, tuttavia non si può non fare un breve cenno - proprio per le inevitabili connessioni con le esigenze di trasparenza ed efficacia - all'avverbio «eventualmente» che, nel corpo della norma, sembra paventare la possibilità che il responsabile del procedimento possa non coincidere con chi adotta il provvedimento conclusivo(238).

Un primo indirizzo interpretativo, al fine di dare un senso preciso al dato testuale, ha rilevato che una soluzione differenziata, tesa a separare sul piano formale i due sopraindicati soggetti, verrebbe inevitabilmente a nuocere all'intento deflattivo ed acceleratorio perseguito dalla legge n. 241/1990, assegnando così all'avverbio in discorso la mera funzione di chiusura del sistema, nei casi in cui la sovrapposizione delle due figure (responsabile del procedimento nella sua fase istruttoria-responsabile della fase decisoria) si appalesi come impossibile(239).

Ovviamente, ai fini della trasparenza dell'operato dei pubblici poteri, la scelta del responsabile del procedimento deve essere tendenzialmente eseguita per procedimenti omogenei e predeterminati, lasciando l'ipotesi della delega nominativa (che, come è noto, può essere di mera firma o di funzioni) ai soli casi di motivata difformità (ad esempio per esigenze tecniche ed istruttorie peculiari, per carenza d'organico, per sovraccarico lavorativo di altre unità organizzative, ecc.)(240). Inoltre, nella stessa ottica si deve escludere che il responsabile del procedimento acquisisca per ciò solo una posizione di sovraordinazione nei riguardi dei colleghi appartenenti alla medesima unità organizzativa, residuando solo poteri di impulso e di stimolo che vanno ad aggiungersi a quelli ordinari derivanti dal rapporto di ufficio.

Quanto, poi, ai compiti del responsabile(241), questi vengono individuati in via esemplificativa dall'art. 6 legge cit. In buona sostanza, sono quelli relativi al corretto svolgimento della sequenza procedimentale: in primo luogo accertare l'utilità del suo operato, verificando i requisiti generali di competenza, oltre che l'eventuale rispetto dei termini; quindi, provvedere all'acquisizione dei fatti ed alla comparazione degli interessi rilevanti; infine, comunicare e/o notificare gli atti previsti dalla legge e dai regolamenti. Qualora se ne ravvisino i presupposti, il responsabile del procedimento può anche disporre l'indizione della conferenza di servizi.

E proprio in relazione ai compiti del responsabile del procedimento l'art. 4 legge n. 15/2005 ha introdotto nell'art. 6, 1° co., lett. e), legge n. 241/1990 un'importante norma tesa a dare maggiore connotazione e autonomia alla fase istruttoria del procedimento rispetto a quella decisoria. Infatti, il soggetto che adotta il provvedimento conclusivo, se diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta da quest'ultimo «se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale». Conseguentemente, in tutti i procedimenti nei quali vi sia - in ordine ai relativi uffici competenti - una separazione strutturale tra la fase decisoria e quella istruttoria, quest'ultima deve necessariamente concludersi con una relazione scritta, che viene ad incidere concretamente sulla decisione finale: infatti, tale decisione o si adegua alla relazione istruttoria o deve dare conto delle ragioni del dissenso, facendo esplicito riferimento alla relazione stessa e non genericamente ad altri atti del procedimento. La decisione adottata al di fuori di tali coordinate viene ad essere inevitabilmente illegittima.

Anche in materia di contratti pubblici, l'art. 10 d.lg. n. 163/2006 prevede la presenza di un unico soggetto responsabile per l'intera procedura d'appalto, stabilendo altresì che le amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi della legge n. 241/1990 e succ. mod. integr., nominino, per ogni singolo intervento previsto dal programma triennale dei LL.PP. stilato dalla stazione appaltante, un responsabile unico del procedimento per le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione dell'appalto. Poi, lo stesso art. 10 procede ad una precisa ricognizione dei compiti del responsabile del procedimento, vale a dire quelli relativi alle procedure di affidamento regolate dal sopraindicato d.lg. n. 163/2006 (ivi compresi gli affidamenti in economia) nonché alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti. Inoltre, il decreto correttivo n. 6 del 2007 ha

introdotto la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di nominare il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio qualora si accertasse la carenza di dipendenti di ruolo professionalmente adeguati.

Sempre nell'ottica della trasparenza e al chiaro scopo di garantire il corretto esplicarsi delle attività che la legge affida a questo importante organo amministrativo, un articolato sistema di responsabilità fornisce una valida garanzia per il cittadino contro comportamenti dilatori o, addirittura, illegittimi(242): ferma restando l'applicazione della normativa penale per i fatti costituenti reato, il responsabile del procedimento è passibile di sanzioni civili (difatti, il privato leso può rivolgersi anche al funzionario per il risarcimento) e, soprattutto, di sanzioni disciplinari e contabili per i danni causati alla pubblica amministrazione(243).

19. La motivazione del provvedimento.

Il principio di trasparenza all'interno del procedimento amministrativo trova ulteriore espressione puntuale e paradigmatica nell'art. 3 legge n. 241/1990 e succ. mod. integr. che, nel sancire l'obbligo in capo alla pubblica amministrazione di motivare ogni provvedimento, tende evidentemente a renderne conoscibili i relativi percorsi argomentativi ed a consentirne al privato interessato il controllo, giuridico e politico insieme(244). Questo rilevante aspetto, nel prevedere per la prima volta il sopraindicato obbligo e nel cogliere le sollecitazioni accumulatesi nel corso degli anni ad opera della dottrina e della giurisprudenza, è stato determinato - come è noto - dal fondamentale obiettivo di assicurare non solo le esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa, troppo frustrate da un provvedimento privo di motivazione, ma anche quelle non meno importanti dell'effettività della tutela giurisdizionale(245). Infatti, risulta chiaro che, in assenza di una puntuale estrinsecazione dei percorsi logici seguiti dall'amministrazione procedente per approdare ad un determinato risultato, il privato cittadino difficilmente sarebbe in grado di superare il non facile scoglio di «riempire di contenuto» il provvedimento calato dall'alto, onde elaborare compiutamente i propri motivi di doglianza(246).

Tuttavia, il raggiungimento dell'obiettivo di un provvedimento chiaro ed univoco non può essere garantito soltanto dalla presenza di una motivazione, che, come è noto, è tenuta ad indicare «i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria» (art. 3 cit.): spesso la motivazione viene a rivelarsi particolarmente stringata e non sempre adeguata a rappresentare i fatti e le ragioni alla base del provvedimento. In ogni caso, un ridimensionamento della motivazione è giustificabile unicamente nella misura in cui a ciò corrisponda un potenziamento della partecipazione. Inoltre, la motivazione corrisponde all'esigenza di fornire di una adeguata giustificazione il provvedimento finale e non tanto di rappresentare l'iter stesso della decisione(247). Tale circostanza è confermata dal fatto che l'interesse del privato alla motivazione non verte tanto sulla motivazione in sé, ma sull'informazione circa il concreto operato della macchina amministrativa, al fine di cogliere, eventualmente, difetti procedimentali. Ciò,

comunque, non significa negare l'indubbio valore della motivazione rispetto alla trasparenza, ma soltanto ridimensionarne la portata(248).

Condizione necessaria per assicurare la trasparenza all'interno del procedimento, invece, è la pubblicità di tutte le articolazioni del procedimento. Si tratta, comunque, di una condizione necessaria ma non sufficiente, in quanto, anche nel caso di procedure pubbliche in cui ampio è il margine di partecipazione, potrebbero verificarsi casi di occultamento, sebbene in misura sensibilmente ridotta (su cui v. retro).

Il sopraindicato ridimensionamento della portata della motivazione in un certo senso è agevolato dal fatto che la dottrina, in assenza di una definizione espressa, si è interrogata sulla natura giuridica della motivazione stessa, oscillando le tesi fra chi ritiene che l'art. 3 cit. enuclei una nozione formale della motivazione(249), e fra chi, invece, ritiene che debba farsi riferimento ad una nozione sostanziale, in virtù della quale essa non consisterebbe soltanto nella elencazione delle ragioni dell'agire amministrativo quale esito dell'istruttoria procedimentale(250), ma anche nella enumerazione dei motivi in senso sostanziale che sono scaturiti, ad esempio, dall'intervento dei destinatari dell'atto finale all'interno della sequenza procedimentale(251). La giurisprudenza, di frequente chiamata ad interessarsi della non facile questione, mostra attualmente di prediligere un'impostazione mista ed onnicomprensiva, tacciando di illegittimità i provvedimenti amministrativi deficitari sia della motivazione formale che, alternativamente, di quella sostanziale(252).

Nonostante il succitato ridimensionamento della motivazione, una compressione del principio di trasparenza deriva comunque da quei provvedimenti per i quali, ad una prima analisi, non parrebbe sussistere l'obbligo di motivazione(253).

È evidente che il riferimento è anzitutto al genus dei provvedimenti vincolati, per i quali la giurisprudenza antecedente alla legge n. 241/1990 aveva imboccato decisamente la strada della non necessità della motivazione, in considerazione dell'assenza di discrezionalità in siffatti procedimenti. In effetti, il problema, superato ormai dalla formulazione testuale dell'art. 3 legge cit., era stato già risolto in senso conforme dalla dottrina maggioritaria, che aveva posto l'accento sulla semplice necessità di giustificare i presupposti di fatto e di diritto che avevano condotto all'emanazione del provvedimento, senza bisogno di quel quid pluris costituito dalla motivazione come intesa dalla legge(254).

Qualche problema in più si pone per i provvedimenti conformi all'istanza del privato, per i quali l'impostazione tradizionale, anch'essa orientata nella direzione della non necessità della motivazione, è oggi sottoposta ad alcune critiche(255).

In primo luogo si rileva che la costituzionalizzazione del giusto processo, avvenuta con la riforma dell'art. 111 Cost., obbliga attualmente la pubblica amministrazione a motivare tutti i suoi provvedimenti, in considerazione del fatto che il principio di trasparenza in questo caso impone anche di evitare che i cittadini non direttamente interessati dal provvedimento si vengano a trovare nell'impossibilità di esercitare il controllo democratico diffuso(256).

In secondo luogo, si aggiunge che in assenza della previsione di una motivazione espressa non avrebbe senso prevedere, come pure la legge n. 241/1990 fa, il prodromico obbligo della comunicazione di avvio del procedimento, e la connessa possibilità per il privato di presentare memorie e documenti nella fase istruttoria(257).

A fugare ogni residuo dubbio vi è l'ulteriore considerazione secondo cui la necessità della motivazione appare oggi imprescindibile, in quanto il provvedimento amministrativo non mira a tutelare solo le esigenze di trasparenza relative alle ragioni del privato istante, che si vede riconoscere il suo interesse pretensivo con l'accoglimento della sua richiesta, ma anche e soprattutto le non meno rilevanti esigenze di trasparenza afferenti alla posizione dei controinteressati, in maniera particolare nel caso di concessioni ed autorizzazioni subordinate alla disciplina semplificata del silenzio assenso(258).

20. La conferenza di servizi.

L'importante istituto della conferenza di servizi(259) costituisce non solo l'espressione probabilmente più concreta dell'intento del legislatore di perseguire l'efficienza e la semplificazione nell'azione amministrativa(260), ma anche un'importante estrinsecazione del principio di trasparenza: infatti, il sopraindicato istituto tende a favorire un prospettazione chiara ed un costruttivo confronto sugli interessi coinvolti che devono essere oggetto di adeguata ponderazione.

È stato opportunamente rilevato che la conferenza di servizi «costituisce occasione non solo di semplificazione ma appunto anche di trasparenza, nella misura in cui si dispone la istituzione di una sede che favorisce una più esplicita e chiara prospettazione degli interessi ed un confronto necessariamente destinato a sfociare in una più adeguata ponderazione degli stessi»(261).

In mancanza di una puntuale definizione legislativa, autorevole dottrina sottolinea come l'istituto in questione sia funzionalizzato ad una valutazione complessiva e contestuale di tutti gli interessi pubblici in concreto toccati da una determinata azione amministrativa, in modo da ricomporre la frammentazione tra i diversi centri d'imputazione della tutela degli interessi pubblici: in effetti, la conferenza di servizi rappresenta «un rimedio idoneo a fronteggiare e rendere meno dannoso, sotto il profilo dell'efficienza, questo policentrismo imperfetto, riannodando le competenze nel momento in cui i diversi poteri vengono concretamente esercitati (...). La finalità precipua dell'istituto non è tanto la semplificazione o lo snellimento del procedimento quanto la valutazione comune e contestuale degli interessi pubblici comunque coinvolti in una determinata operazione amministrativa»(262).

Altra parte della dottrina configura la conferenza di servizi come un mezzo di semplificazione procedimentale: a sostegno di questa impostazione viene richiamata sia la collocazione sistematica (artt. 14 ss. legge cit.) sia l'esigenza di porre un rimedio alla crescente burocratizzazione dell'apparato amministrativo(263).

Attraverso la conferenza di servizi, nel realizzare decisioni pluristrutturali in maniera contestuale, si raggiunge il fondamentale risultato di elaborare decisioni che tengano in debito conto tutti gli interessi coinvolti, al fine di innalzare il complessivo livello non solo di efficienza dell'amministrazione ma anche di trasparenza. Del resto, il

lavoro della conferenza, dipanandosi in un arco temporale relativamente ristretto, consente di attuare al massimo grado l'istruttoria procedimentale, facilitando la collaborazione e lo scambio di informazioni fra le amministrazioni interessate(264).

Si tratta di un aspetto di non poco conto: ampliare l'ambito di operatività dell'istituto della conferenza di servizi (secondo la tendenza seguita dal legislatore degli ultimi anni: su cui v. infra), comporta un generale ripensamento del diritto amministrativo classico, legato ad un procedimento sequenziale, scaturente da una organizzazione verticale e verticistica, oltre che autoritativa, dei pubblici poteri(265).

Il legislatore, attraverso l'utilizzo accorto ed esteso delle varie forme di conferenza(266), appare sempre più orientato a tratteggiare una pubblica amministrazione che opera in via contestuale, favorendo le decisioni negoziate che - essendo intrinsecamente dotate di un elevato coefficiente di spontaneità - sono finalisticamente proiettate alla trasparenza dell'agire amministrativo(267).

E proprio tale ultimo profilo fa emergere la necessità di sottoporre a revisione critica la bipartizione tipica fra conferenza istruttoria e conferenza decisoria: l'applicazione del nuovo modo di operare della pubblica amministrazione, che caratterizza tutte le forme di conferenza di servizi in un'ottica decisoria, esclude che nel nostro ordinamento possa avere ancora diritto di cittadinanza una conferenza di servizi meramente «istruttoria»(268). Infatti, ammettere che quest'ultima continui ad esistere comporta inevitabilmente un regresso alla visione classica del diritto amministrativo, nella quale l'amministrazione procedente mira a comparare l'interesse pubblico primario con gli interessi pubblici secondari che, in una pura e semplice esigenza di accelerazione procedimentale, vengono acquisiti in contestualità (269). Invece, se si ritiene la conferenza di servizi finalizzata a gestire in modo trasparente interessi equiordinati, diviene erroneo continuare a distinguere fra una conferenza istruttoria ed una decisoria. In tale contesto inevitabilmente tutte le conferenze sono decisorie, nel momento in cui non si limitano ad acquisire fatti ed interessi, ma si spingono sino alla valutazione degli stessi, onde pervenire a soluzioni unitarie nei limiti e nei modi previsti dalla legge(270).

La recente legge n. 15/2005 ha introdotto una serie di importanti novità in merito alla conferenza di servizi(271), che ha visto, così, consolidato il suo ruolo di rilevante strumento di trasparenza e di componimento dei diversi interessi pubblici coinvolti nei procedimenti di particolare complessità(272).

In particolare, nella fase istruttoria la conferenza rimane lo strumento ordinario, anche se non obbligatorio, per esaminare contestualmente la pluralità di interessi pubblici coinvolti (art. 14, 1° co., l. n. 241/1990): l'amministrazione procedente, in quest'eventualità, dovrà redigere una relazione conclusiva della conferenza, al posto dei diversi atti istruttori richiesti dalla legge (pareri, accertamenti, determinazioni ecc.) e di cui si dovrà tener conto in sede di decisione finale.

Invece, nella fase decisoria lo strumento in esame è obbligatorio quando l'amministrazione procedente deve acquisire «intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche» (art. 14, 2° co., l. cit.). In caso di non ottenimento di tali elementi, la novella prevede che la conferenza è indetta entro trenta giorni dalla ricezione, da parte dell'amministrazione competente, della

relativa richiesta (mentre precedentemente era previsto un termine di quindici giorni dall'inizio del procedimento).

In effetti, nella fase decisoria pluristrutturata, caratterizzata dalla partecipazione di più amministrazioni attraverso atti a contenuto decisorio, la conferenza costituisce ormai lo strumento ordinario con cui si conclude il procedimento. Inoltre, l'amministrazione procedente può indirla qualora abbia inoltrato la propria proposta di decisione alle altre amministrazioni con contestuale richiesta di adozioni di atti di loro competenza e abbia ricevuto risposte negative.

Ciò fa comprendere il chiaro intendimento del legislatore di non paralizzare l'azione amministrativa a seguito di un isolato dissenso, nel perseguimento di quella logica di efficienza e trasparenza che ormai informa diffusamente l'odierna dinamica dei pubblici poteri(273).

La conferenza diviene, poi, uno strumento obbligatorio qualora le amministrazioni interpellate non rispondano nel termine previsto dalla norma.

L'istituto in oggetto rimane, invece, facoltativo (art. 14, 3° co., legge cit.) nell'ipotesi di esame contestuale «di interessi coinvolti in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati»: si tratta di casi in cui più procedimenti imputati ad amministrazioni diverse hanno il medesimo oggetto(274).

Inoltre, vale la pena di rimarcare l'inserimento - operato dalla legge n. 15/2005 - del nuovo co. 5 bis dell'art. 14 legge n. 241/1990, secondo cui «previo accordo tra le amministrazioni coinvolte, la conferenza di servizi è convocata e svolta avvalendosi degli strumenti informatici disponibili, secondo i tempi e le modalità stabiliti dalle medesime amministrazioni»: l'attenzione verso le nuove forme di comunicazione è una chiara spia dell'intendimento del legislatore di agevolare il ricorso allo strumento in esame da parte dei pubblici uffici, anche in un'ottica di maggiore trasparenza.

Consentire alle amministrazioni interessate di discutere in videoconferenza, evitando lunghe convocazioni e dispendiose trasferte, significa creare le premesse per un indubbio risparmio in termini di energie lavorative e temporali, senza con ciò comprimere (anzi, accentuando) le fondamentali esigenze legate al principio di trasparenza.

In tal senso rilevante è anche il co. 6 bis che fa oggi riferimento alle «posizioni prevalenti espresse» nella conferenza, rispetto alla «maggioranza delle posizioni espresse» di cui al precedente testo(275): ai fini della determinazione di quale sia la posizione prevalente, l'amministrazione procedente deve tener presente specificamente le singole posizioni delle diverse amministrazioni in sede di conferenza, avendo riguardo al potere che, per legge, ciascuna di esse avrebbe di determinare l'esito, positivo o negativo, del procedimento(276).

In effetti, la legge n. 241/1990 e succ. mod. integr., nella costante ricerca del non sempre semplice equilibrio tra le esigenze di trasparenza e certezza e quelle di efficienza ed efficacia, da un lato prevede margini temporali estremamente ristretti, dall'altro impone che alla conferenza partecipi un rappresentante per ogni amministrazione, dotato di poteri idonei ad impegnare l'amministrazione stessa. Si è posto, allora, il problema delle varie modalità con le quali possa presentarsi la relativa

delega, problema che ha dato adito a frequenti disquisizioni dottrinali ed interventi del Consiglio di Stato(277).

L'orientamento giurisprudenziale dominante(278) è nel senso di escludere efficacia alla delega cosiddetta «vincolante», con la quale cioè l'organo delegante imponga al delegato di tenere un certo ed univoco comportamento. Allo stesso modo si esclude che possa avere qualche rilievo la delega cosiddetta «condizionata», subordinata cioè al «si volam» dell'organo interessato, o quella cosiddetta «riservata», che troverebbe eventuale legittimazione nella successiva ratifica del delegante. Le soluzioni proposte, tese a superare le situazioni di impasse derivanti dalla possibilità che un partecipante alla conferenza possa ritrovarsi privo della necessaria legittimazione, hanno l'indubbio pregio di tenere nel debito conto le esigenze di certezza e trasparenza sottese all'istituto nel suo complesso, laddove una decisione claudicante espressa in sede di conferenza rischierebbe di vanificare l'afflato efficientistico faticosamente perseguito dal recente legislatore. Il sopraindicato orientamento giurisprudenziale trova d'altronde un fondamentale riconoscimento, seppure indiretto, nella disposizione di cui al primo comma dell'art. 14 quater legge n. 241/1990 e succ. mod. integr.: il dissenso delle amministrazioni regolarmente convocate alla conferenza non può esercitarsi a fini puramente dilatori od ostruzionistici, ma deve essere interno, motivato, pertinente e, soprattutto, propositivo(279).

I rappresentanti delle pubbliche amministrazioni presenti alla conferenza di servizi devono - anche in un'ottica di trasparenza - manifestare necessariamente in quella sede il loro dissenso sulle soluzioni in procinto di approvazione, motivandone le ragioni ed escludendo atteggiamenti ostruzionistici (280). In altri termini, è previsto l'apporto di un significativo contributo per evitare situazioni di stallo, proponendo soluzioni alternative potenzialmente idonee a superare l'originario dissenso(281). In assenza di quest'ultimo è evidente che non potranno esservi ulteriori ostacoli a che il «fascio di decisioni convergenti» determini un risultato positivo per i lavori della conferenza(282).
In tale contesto è fortemente orientato alla logica dell'efficienza e della trasparenza anche l'art. 14 bis legge cit. (c.d. conferenza di servizi preliminare) che, tra l'altro, attribuisce alle amministrazioni procedenti la possibilità di sollecitare, in capo alle singole amministrazioni, un assenso preventivo relativamente ad una serie di provvedimenti (assensi, intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, ecc.), onde conferire certezza all'operato perseguito dal richiedente(283): in particolare, se la conferenza di servizi è indetta per realizzare opere o lavori pubblici, le amministrazioni interessate sono tenute ad indicare le condizioni per un eventuale successivo assenso. In questa specifica ipotesi, il legislatore ha voluto chiaramente perseguire l'obiettivo di responsabilizzare le amministrazioni chiamate ad esprimersi in sede di conferenza, assicurando quei doveri di «collaborazione» che hanno contribuito al definitivo superamento dello schema della collegialità(284).

Un particolare orientamento, in un'ottica di accelerazione delle procedure oltre che di trasparenza, estende il dato normativo al punto da prefigurare come possibile anche la partecipazione dei soggetti privati ai lavori della conferenza(285). In effetti, la contraria prospettazione teorica non solo pone l'accento sull'argomento testuale scaturente dall'assenza di una disposizione espressa e sul riferimento dell'art. 14 alle «amministrazioni», ma sottolinea anche la circostanza che, nonostante l'assenza dei privati in sede di conferenza, il loro diritto alla partecipazione procedimentale e, quindi, le connesse esigenze di trasparenza non vengono meno: infatti, le singole amministrazioni interessate sono tenute a garantire i diritti partecipativi prima di andarsi a sedere al tavolo della conferenza di servizi, giungendo così al confronto con gli altri organi dell'amministrazione solo a seguito di una ponderata valutazione delle esigenze di cui i privati si sono precedentemente fatti portatori(286). Rimane, però, il dubbio che l'impianto generale dell'istituto, per come inciso dalle recenti modifiche e soprattutto nella parte in cui non ha consentito al privato di intervenire in conferenza di servizi, abbia comportato uno svilimento delle garanzie del privato(287).

21. Il ruolo della trasparenza nel moderno modello di amministrazione pubblica.

La nozione di trasparenza amministrativa non è cristallizzabile in una definizione sempre valida, assoluta ed immodificabile, ma è strettamente legata, cambia e si trasforma con l'evolversi del modello giuridico a cui si ispira - secondo le coordinate fissate dal legislatore - la pubblica amministrazione: infatti, in passato la trasparenza - come si evince da quanto esaminato in precedenza - aveva connotazioni profondamente diverse da quelle che assume nell'attuale contesto caratterizzato da un crescente progresso tecnologico ed informatico.

Esiste, quindi, una relazione diretta ed immediata tra principio di trasparenza e modello giuridico di amministrazione: in effetti, i due termini di tale rapporto si condizionano reciprocamente, finendo per essere tra loro complementari(288).

Non a caso già da tempo è stato autorevolmente sottolineato che «l'intera organizzazione della p.a. deve articolarsi e modularsi... in sintonia con la trasparenza»(289). Pertanto, è opportuno a questo punto da un lato verificare quale sia il nuovo modello di amministrazione derivante dalle riforme attuate dal legislatore, dall'altro lato analizzare in quali termini viene ad incidere su tale nuovo modulo il principio di trasparenza.

Per quanto riguarda il primo dei due sopraindicati aspetti non si può non rilevare che oggi amministrare non significa più assumere una posizione autoritaria, ma un ruolo di servizio alla collettività (ad minus stare)(290), consolidandosi sempre più la visione di un'amministrazione intesa come un potere non imposto in quanto tale, ma funzionalizzato al perseguimento di obiettivi che ne legittimano l'esercizio: in effetti, è lo scopo a giustificare l'esistenza del potere e contemporaneamente a connotarlo, delimitandolo e conformandolo alla situazione su cui ricade.

In tal senso indubbiamente determinanti sono state le riforme degli anni '90 dello scorso secolo, che hanno portato ad abbandonare un'amministrazione autoritativa e formale per dar vita ad un'amministrazione responsabile e partecipata, intesa non più

come mera esecutrice delle leggi ed in posizione strumentale rispetto al Governo, ma come struttura diretta ad operare al servizio della collettività.

Del resto, la progressiva evoluzione dell'elaborazione dottrinale ha fatto modificare in vari ambiti l'oggetto dell'indagine: in particolare, si è assistito ad un netto spostamento dell'attenzione dall'organizzazione in senso statico al relativo profilo dinamico, dall'atto all'attività, dal provvedimento al procedimento, dall'autoritatività alla partecipazione.

Tali profonde innovazioni introdotte nel nostro sistema hanno portato a connotare le pubbliche amministrazioni secondo caratteri sempre più marcatamente economico-aziendali, con conseguente riconoscimento sia del rilievo giuridico del risultato(291) sia del superamento della sua concezione meramente economica: uno degli aspetti principali della nuova p.a. è rappresentato proprio dal doveroso conseguimento del risultato, la cui rilevanza giuridica non si limita solo ad alcuni ambiti dell'amministrazione, ma afferisce a tutte le sue componenti e forme di manifestazione(292).

In tale contesto la formula «amministrazione di risultato» esprime ormai un nucleo normativo, di valore costituzionale, in funzione del quale inquadrare e risolvere la disciplina positiva dell'intero diritto amministrativo italiano: da qui la natura ubiquitaria della logica di risultato sottostante al modello legale di amministrazione in esame.

Mentre da un lato si è determinato un ridimensionamento della politica tradizionale e del conseguente predominio dell'economia rispetto alla prima, dall'altro lato si è assistito alla configurazione di una forma di amministrazione pubblica contraddistinta - oltre che da aspetti simili a quelli della cosiddetta new economy (trasparenza, economicità, efficacia, qualità, ecc.) - dal dovere di perseguire risultati concreti orientati allo sviluppo economico, elevato dal legislatore ad interesse pubblico primario (art. 1, 6° co., l. n. 59/1997).

In tale ambito efficacia, economicità, tempestività, qualità e quantità ineriscono all'aspetto tecnico ed economico dell'amministrazione di risultato, con la conseguenza che le relative regole costituiscono ormai parametri giuridici delle decisioni tecniche (293): in effetti, con la normativizzazione del principio di efficacia - quale obbligatorio perseguimento del risultato in funzione della concreta soddisfazione dell'interesse pubblico - si è assistito al passaggio da un'amministrazione di tipo soggettivo-istituzionale ad una di tipo oggettivo-funzionale(294).

In questo modo l'efficacia, proprio perché determina un obbligo per la p.a., penetra nella struttura della responsabilità, diventandone elemento costitutivo, con conseguente profonda responsabilizzazione dell'azione amministrativa verso il risultato riferibile a tutte le possibili estrinsecazioni della p.a.

Da ciò emerge a chiare lettere il rapporto di funzionalità diretta tra responsabilità ed efficienza: in effetti, il risultato amministrativo non costituisce più un elemento solo esterno all'ordinamento giuridico e successivo alle relative decisioni (con conseguente idoneità a verificare dal di fuori la coerenza, la giustizia e l'efficacia del sistema amministrativo), ma anche un elemento interno al diritto e alle decisioni giuridiche e,

quindi, in grado di effettuare le sopraindicate verifiche dall'interno dell'ordinamento e durante il procedimento di formazione, ovviamente rimanendo impregiudicati i controlli esterni e successivi.

È opportuno, inoltre, rilevare che le note riforme legislative, unitamente all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, hanno portato ad un proficuo sviluppo del giudizio di legittimità che non si sostanzia più in un mero riscontro norma-atto: infatti, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo viene a configurarsi come una vera e propria verifica della validità sostanziale dell'azione amministrativa, che supera progressivamente il giudizio di legalità formale esprimibile in termini di corrispondenza fra la norma e l'atto, per privilegiare il giudizio di adeguatezza e idoneità al perseguimento del risultato, con conseguente necessario ricorso ai principi generali dell'ordinamento e, soprattutto, a quelli di efficienza, economicità ed efficacia.

La sopraindicata crescente diffusione della logica di risultato ha portato ad un sempre maggiore ricorso a moduli negoziati(295) ed a nuove forme di responsabilità e corrispondenti forme di controllo. Tali forme di controllo tendono a verificare l'adeguatezza sostanziale dell'atto amministrativo rispetto alla funzione esercitata: si tratta, in definitiva, di un sindacato che incide sulla razionalità dell'agire pubblico, con l'unico limite del divieto di invadere il merito.

Si assiste, così, al definitivo affermarsi del modello giuridico di amministrazioni fondato sulla corretta accezione della logica di risultato, non intesa, quindi, nel senso di dover perseguire sempre e comunque l'obiettivo.

In tale ottica il concetto di risultato - funzionalizzato alla regola della singola vicenda concreta e ad una interpretazione costituzionalmente orientata - si pone in evidente posizione di contrasto sia con la logica del risultato a tutti i costi, che pure sembra caratterizzare segmenti non secondari della p.a., sia con le sempre più frequenti ipotesi di sostanziale rinuncia(296) all'esercizio della funzione amministrativa (ad esempio denuncia di inizio attività, silenzio assenso, ecc.)(297).

In altri termini, per amministrazione di risultato non può e non deve intendersi amministrazione del tutto libera da regole, anche in considerazione del sopraindicato progressivo imporsi dei criteri di efficienza, economicità ed efficacia della p.a. sia sotto il profilo cosiddetto statico dell'organizzazione sia sotto quello cosiddetto dinamico dell'attività: in tal senso il principio di buon andamento come efficienza, economicità ed efficacia è emerso in tutta la sua importanza non solo come concreta produzione del risultato, ma anche come fattore connesso agli imprescindibili profili relativi alla responsabilità ed alla valutazione dell'attività amministrativa.

In tale articolato contesto sussiste una fondamentale esigenza di trasparenza esprimibile anche in termini di visibilità(298) e comprensibilità preventive dei risultati (ad esempio, attraverso rappresentazioni multimediali o immagini accompagnate da adeguate spiegazioni)(299): una corretta attuazione della logica di risultato presuppone anzitutto il necessario rispetto del principio di trasparenza, poiché, il passaggio dal piano ideale e progettuale a quello reale e fattuale tanto più sarà esprimibile in termini di corrispondenza tra tali piani e, quindi, di soddisfazione mediante «cose» concrete e giuste(300), quanto più sarà «trasparente» il modus procedendi.

In buona sostanza, il passaggio dallo stadio (ideativo e predecisorio) di «non visibilità» della res a quello di definitiva «visibilità» (costruzione di cose prime inesistenti, modificazione o estinzione di cose già in rerum natura e, quindi, attribuzione o negazione di cose a persone o comunità) deve passare attraverso uno stadio di «pseudo-visibilità» e, quindi, di «pre-visione», in cui il principio di trasparenza può essere soddisfatto anche col ricorso ai citati strumenti della moderna tecnologia (ricostruzioni multimediali, ecc.).

Diversa può essere la natura di tali supporti tecnologici, la cui maggiore o minore complessità è da rapportare all'importanza della res da realizzare.

Non vi è dubbio che la sussistenza di supporti tecnologici rappresenta solo una - e sotto certi profili la più rilevante - delle diverse modalità concrete con cui assicurare il rispetto del principio di trasparenza: in ogni caso, non è possibile prescindere quanto meno da un livello medio (e, comunque, adeguato alla concreta res da realizzare) di tali modalità(301).

Da quanto fin qui evidenziato emerge la necessità di un nuovo assetto che si fondi su un moderno e costruttivo connubio tra funzioni di governo, funzioni di controllo e partecipazione: in buona sostanza, il moderno modello di amministrazione pubblica presuppone un diverso sistema di gestione del potere, in modo da rendere possibile una forma molto incisiva di trasparenza e cioè quella che consente agli interessati anche la prevedibilità della decisione e, in particolare, del suo contenuto e delle relative conseguenze giuridiche(302).

Tale contesto dovrebbe essere ispirato alla cooperazione e alla fiducia e dovrebbe tendere alla ricerca di strumenti di tutela dei diritti fondamentali funzionalizzati ad un economico, tempestivo, giusto(303) e soprattutto trasparente esercizio del potere(304). In tale ambito solo avendo di mira le res futurae già esistenti come progetto nelle decisioni e prima ancora nelle proposte, sarà possibile raggiungere un duplice obiettivo: non solo ovviare ad eventuali incongruenze relative alle coordinate spaziali, temporali, strumentali, ecc.; ma anche comprendere, prima ancora che vengano a prodursi, gli effetti della decisione e, quindi, le conseguenze negative che possono verificarsi in danno di altre cose o persone, al fine di predisporre gli opportuni rimedi ed evitare esiti pregiudizievoli(305). Le considerazioni in precedenza sviluppate fanno emergere chiaramente il ruolo della trasparenza quale fondamentale strumento e momento centrale nella imprescindibile opera di previsione delle conseguenze nelle decisioni(306): solo in questo modo è possibile portare presto e bene alla luce del sole le cose da realizzare, preservare, modificare e così via. Non vi è dubbio che la trasparenza, unitamente alla partecipazione procedimentale richiamata in precedenza, incide profondamente sulla concretezza dei progetti e sulle conseguenze della loro attuazione sulle cose-diritti.

In conclusione si può affermare che oggi il principio di trasparenza si pone non solo - in un certo senso - come «ago della bilancia» che consente di assicurare una fondamentale condizione di equilibrio tra principio di legalità e amministrazione di risultato, ma anche come limite a questo stesso modello giuridico, nel senso che il principio di trasparenza costituisce l'argine che può impedire all'amministrazione di risultato di operare praeter o contra legem:

infatti, in un sistema trasparente fondato su regole chiare e certe si riduce notevolmente la possibilità che singoli individui o gruppi di potere riescano a far prevalere i propri interessi o sfruttando profili organizzativi e procedurali inidonei a garantire la trasparenza o alterando dolosamente la realtà dei fatti attraverso una strumentalizzazione della funzione amministrativa(307). In tale contesto ispirato al modello giuridico di amministrazione di risultato, i presunti relativi rischi trovano il loro naturale e necessario momento di composizione proprio nel fondamentale principio di trasparenza dell'azione amministrativa: il raggiungimento di un risultato qualificabile come giusto e legittimo può essere ottenuto solo attraverso il rispetto di tale principio, che viene a costituire, pertanto, uno dei principali strumenti attraverso cui la funzione amministrativa può raggiungere il suo coessenziale e naturale obiettivo di rendere giustizia amministrando.

---

(1) Si tratta di una riforma ad ampio respiro che deve essere valutata non solo nei suoi singoli dettagli ma anche con un'equilibrata visione d'insieme. Del resto, come già insegnava il compianto Pugliese (Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa, DPrA, 1999, 615) non vi è alcun dubbio sul fatto che «la distanza alla quale deve porsi l'osservatore per cogliere la forma di un oggetto è direttamente proporzionale alla sua grandezza. Quanto più profonde e convulse sono le trasformazioni dell'ordinamento (e del processo) tanto più bisogna allontanarsi dal singolo istituto, dalla tecnica, dal procedimento normativo. Non ho dubbi sulla fisicità del mondo (e dei beni), ma preferisco guardarlo volando. Per cogliere però la sostanza e l'essenza, spinti dalla curiositas, alla ricerca delle sfumature, conviene avvicinarsi in progressive approssimazioni... si susseguono e si intrecciano perciò l'astrazione teorica e la concretezza esegetica, nella speranza che quella non perda di vista la realtà e questa non si esaurisca nel particolare».

(2) Rileva Bellini, L'azione amministrativa nella legge 15/2005, DeG, 2005, 59, che l'espresso riferimento alla trasparenza (oltre che alla pubblicità) ben poco aggiunge al complessivo impianto normativo, in quanto il principio in esame, seppur mai specificamente codificato, da tempo regola l'azione amministrativa. In merito, nell'interessante relazione di Spasiano, Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa (in corso di stampa), tenuta al convegno sul tema I principi generali dell'azione amministrativa, organizzato dall'Istituto Italiano di Scienze dell'Amministrazione, Dipartimento di Diritto Amministrativo e di Scienze dell'Ammininistrazione dell'Università di Napoli Federico II il 3-2-2006, si evidenzia che, col ritenere il caso in esame una tipica ipotesi di codificazione di un principio elaborato da dottrina e giurisprudenza, «si è finito con il limitare la portata innovativa della modifica legislativa, affidando peraltro ai soli precedenti giurisprudenziali il ruolo di parametri esclusivi di riferimento».

(3) In tal senso Patroni Griffi, Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti (Legge 7-8-1990, n. 241), DPrA, 1992, 57 ss.

(4) In merito cfr. Cogliani (a cura di), Commentario alla legge sul procedimento, Padova, 2003, 9, che evidenzia anche come pubblicità (richiamata espressamente) e trasparenza (desunta implicitamente) abbiano rappresentato una delle principali novità della l. n. 241/1990. Prima di tale legge per effetto del c.d. segreto d'ufficio era previsto per gli interessati un «diritto« ad avere copia del provvedimento (art. 15 t.u. sugli impiegati civili dello Stato 10-1-1957 n. 3 ed art. 8 l. 20-3-1976, n. 70 per i dipendenti da Enti pubblici) nei casi non vietati dalle leggi, dai regolamenti o dal Capo Servizio: in effetti, tale diritto era considerato interesse legittimo in relazione alla discrezionalità rimessa all'amministrazione.

(5) Si è sottolineato che, in definitiva, si tratterebbe non tanto di un aspetto di assoluta novità, ma di «una mera sottolineatura di una impostazione preesistente»: così testualmente Cerulli Irelli, Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90 - I parte, www.giustam.it, 1. Più in generale, cfr. Clarich, Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa, relazione al Convegno su Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa, Roma, Palazzo Spada, 11-2-2004, www.giustizia-amministrativa.it; Lipari, L'amministrazione pubblica tra trasparenza e riservatezza, www.giustizia-amministrativa.it, 2005; Barettoni Arleri, Trasparenza amministrativa e tutela della privacy, in Le trasformazioni del diritto amministrativo - Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M. S. Giannini, a cura di Amorosino, Milano, 1995, 25 ss.

(6) Nel senso indicato nel testo cfr. Di Rago, L'accesso ai documenti amministrativi, Roma, 1994, 30. Invece, più in generale sulle molteplici definizioni elaborate dalla dottrina in ordine al concetto di trasparenza cfr. Arena, La funzione pubblica di comunicazione, in La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, a cura di Arena, Rimini, 2001, 29 ss.; Marsocci, La disciplina dell'attività di comunicazione, ivi, 109 ss.; Contaldo, Breve contributo per una definizione del principio di trasparenza, ND, 1993, I, 235 ss.

(7) Come è noto, il sociologo Marshall distingue tre generazione di diritti: la prima generazione è quella dei diritti civili (diritto alla vita, alla libertà di coscienza, di opinione e di parola e il diritto di proprietà), che si affermano nel corso del '700. La seconda generazione è quella dei diritti politici (diritto di voto, di associazione e così via) che si affermano nel corso dei secolo xix, ma si universalizzano più tardi (in alcuni casi, come in Italia, solo dopo la seconda guerra mondiale). La terza generazione è quella che si afferma con il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale: è la generazione dei diritti sociali (diritto alla salute, all'istruzione, al lavoro, alla casa) che si differenziano dai diritti di libertà perché ad essi non corrispondono divieti a carico dello Stato, ma obblighi di prestazioni positive. Si parla oggi, inoltre, di una quarta generazione di diritti per indicare i diritti emergenti - anche se di incerta definizione e in parte non ancora costituzionalizzati, sebbene la relativa produzione legislativa sia abbondante - nelle società ad alto sviluppo tecnologico (ad esempio, diritto alla privacy e alla trasparenza). Al di là di come vengono classificati, la storia dei diritti

mette in luce tre processi correlati: il processo di positivizzazione, il processo di universalizzazione e il processo di moltiplicazione e specificazione. La positivizzazione consiste nel processo di codificazione di questi diritti e nella loro inclusione nelle Costituzioni degli Stati nazionali. L'universalizzazione consiste nel processo di estensione di questi diritti fino ad investire tutti gli individui facenti parte dello stesso Stato nazionale. La moltiplicazione consiste, invece, nel proliferare di richieste e esigenze di cui si chiede o si ottiene il riconoscimento in termini di diritti, processo che ha avuto come effetti, tra l'altro, l'attribuzione di diritti agli individui non più considerati in astratto ma nel concreto del loro essere sociale, per esempio come bambini, malati, lavoratori, donne. Ancora Marshall ha ricompresso questi tre processi all'interno del concetto di cittadinanza: all'individuo, come cittadino di un certo Stato, sono attribuiti diritti che sono nello stesso tempo divieti rispetto allo Stato o obblighi di quello Stato nei suoi confronti. Questa vicenda dimostra il carattere interamente storico e convenzionale dei diritti. Benché concepiti originariamente come diritti naturali, essi non hanno alcun fondamento ontologico o naturale. I diritti si affermano attraverso conflitti sociali e processi culturali, prima come esigenze che vengono individuate come ingiustamente lese, poi come rivendicazione di riconoscimento politico e tutela giuridica. I tre processi (positivizzazione, universalizzazione e moltiplicazione) hanno, nel ventesimo secolo e soprattutto dopo la seconda guerra mondiale, travalicato i confini degli Stati nazionali. La Dichiarazione dei diritti umani del 1948 e i patti internazionali sui diritti civili e politici e sui diritti economici e sociali del 1966 attribuiscono questi diritti a tutti gli individui, al di là dell'appartenenza ad un particolare Stato nazionale. Ciò significa, in linea di principio, attribuire agli individui dei diritti che essi possano far valere nei confronti dei loro Stati di appartenenza, anche quando non siano da questi Stati riconosciuti. Ma questo significa anche svincolare il riconoscimento di alcuni diritti fondamentali dalla cittadinanza nazionale. In tale contesto fondamentale è la comprensione dei rapporti tra pubblico e privato sotto l'aspetto di due diritti che si completano a vicenda o che almeno rinviano l'uno all'altro in maniera dialettica: quello alla trasparenza e quello alla privacy.

(8) Ancora prima, ai tempi dei romani tutto ciò che si voleva far conoscere al pubblico veniva scritto su porzioni di muro o su tavolette, concretizzandosi in questo modo forme di pubblicità e, quindi, di trasparenza. Inoltre, in appositi albi venivano pubblicati gli editti, gli altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria, le liste dei proscritti, i programmi dei giudici ed altri avvisi. Tra i vari albi vi era l'«album praetoris»: in effetti, il Pretore appena eletto emanava un editto in cui, proprio in un'ottica di trasparenza, indicava pubblicamente i principi in base ai quali avrebbe giudicato i casi concreti che sarebbero stati portati al suo vaglio.

(9) Cfr. H. Chardon, L'Administration de la France. Les fonctionnaires, Paris, 1908, 6 ss. Più in generale si rinvia a Arena, Trasparenza amministrativa e democrazia, in Sist. prev., 1993, n. 127, 23 ss.

(10) In tal senso Simonati, L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza, Trento, 2002, 18.

(11) In ordine all'evoluzione del rapporto tra cittadino e p.a. cfr. Arena, Dal segreto amministrativo al diritto di informazione, in AA.VV., Apritisesamo, Atti della I Conferenza internazionale su Il diritto d'accesso dei cittadini alle informazioni sull'ambiente, i consumatori e la pubblica amministrazione, Milano, 15/17-1-1988, Milano, 1988, 21 ss.; Azzariti, Il ruolo dell'amministrazione pubblica nella società italiana attuale: le tendenze in atto e gli effetti della legge sul procedimento sul rapporto fra amministrazioni e società, SI, n. 3, 1997, 235 ss.; Id., Trasformazioni dell'amministrazione e procedimento amministrativo, in AA.VV., Lezioni sul procedimento amministrativo, Torino, 1995, 3 ss.; Bazoli, La collaborazione nell'attività amministrativa, Padova, 1964; Benvenuti, Metodo giuridico autorità e consenso, DAmm, 1998, 661 ss.; Casetta, I profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, DAmm, 1993, 3 ss.; Cassese, Il privato e il procedimento amministrativo, in Arch. Giur. Serafini, CLXXIX, 1970, 25 ss.; Corso, Il cittadino e l'amministrazione pubblica: nuove tendenze nel sistema italiano, in Reg. e gov. loc., 1989, 14 ss.; Ferrara, Intese, convenzioni e accordi amministrativi, cit., 543 ss.; Id., La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla «specialità» amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?, in AA.VV., Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e costituzionalisti a confronto, Padova, 1998; Franchini, Tendenze recenti dell'amministrazione pubblica italiana e accentuazione delle «interferenze» tra diritto pubblico e diritto privato, FA, 1994, 237 ss.; Liguori, Attività liberalizzata e compiti dell'amministrazione, Napoli, 1999; Luciani, Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione, RCDP, 1985, I, 61 ss.; Ottaviano, Appunti in tema di amministrazione e cittadini nello Stato democratico, in AA.VV., Scritti in memoria di M. S. Giannini, II, Milano, 387 ss.; Ranelletti, Teoria degli atti amministrativi speciali, Milano, 1945; A. Romano, Il cittadino e la P.A., in AA.VV., St. Bachelet, I, Milano, 1987; Spantigati, Il principio di comunicazione nel diritto amministrativo, in La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, cit., 191 ss.; Teresi, Appunti sui riflessi organizzativi della pubblicità dell'azione amministrativa, RTDP, 1975, 76 ss.; Id., Partecipazione e pubblicità nelle proposte di legge sull'azione amministrativa, RTDP, 1975, 519 ss.

(12) In ordine alla nota definizione «casa di vetro» di Turati (in Atti del Parlamento Italiano Camera dei Deputati, sess. 1904-1908, 22962), secondo Arena, La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti amministrativi, cit., 22, si tratta di una «metafora eccessiva, perché suppone che tutto ciò che accade all'interno dell'amministrazione debba essere visibile anche all'esterno (...) nessun sistema amministrativo può essere totalmente trasparente, né totalmente opaco: come in tutti gli altri settori, anche nella decisione circa l'ampiezza della trasparenza entrano in gioco interessi, pubblici e privati, che debbono essere ponderati fra loro al fine di trovare il punto di equilibrio fra esigenze contrapposte».

(13) Selleri, Il diritto di accesso agli atti del procedimento amministrativo. Profili generali, Napoli, 1984, 14, parla di «corresponsabilizzazione di tutti i settori della società», ricollegando il diritto di accesso e la trasparenza alla maturazione dello Stato sociale.

(14) Il principio della tutela dell'affidamento, che tradizionalmente viene rapportato al codice civile nelle cui disposizioni (artt. 1426, 1434, 1448 ecc. c.c.) trova fondamento, costituisce uno di quei valori a cui riconoscere cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico anche a prescindere da una specifica disposizione normativa in tal senso. Più in generale, sul tema cfr. AA.VV., Il principio di buona fede, Milano, 1987; Allegretti, L'imparzialità amministrativa, Padova, 1965; Benvenuti, Per un diritto amministrativo paritario, in AA.VV., St. Guicciardi, Padova, 1975, 849 ss.; Giannini, Diritto amministrativo, II, Milano, 1988, 473 ss.; Manganaro, Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche, Napoli, 1995, 39 ss.; Mantero, Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo, Padova, 1979; Merusi, L'affidamento del cittadino, Milano, 1970; Sala, Potere amministrativo e principi dell'ordinamento, Milano, 1993; A. Sandulli, La proporzionalità dell'azione amministrativa, Padova, 1998; Vipiana, L'autolimite della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità, Milano, 1990; Id., Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico, Padova, 1993.

(15) In questi termini Ricciuto, Il trattamento dei dati relativi allo svolgimento di attività economiche, in Trattamento dei dati e tutela della persona, a cura di Cuffaro-Ricciuto-Zeno Zencovich, Milano, 1998, 133. Sul punto cfr. anche Frosini, Informatica, diritto e società, Milano, 1988; Lyon, L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza, Milano, 1997; Mirabelli, Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati, DII, 1993, 313 ss.; Id., In tema di tutela dei dati personali, DII, 1993, 609 ss.

(16) Sottolinea T. I g. CE, 12-10-2000, n. 123, DEc, 2001, 279, che «la trasparenza del processo decisionale costituisce un mezzo per rafforzare il carattere democratico delle istituzioni e la fiducia del pubblico nei confronti dell'amministrazione (...) offrendo ai cittadini la possibilità di controllare in modo effettivo l'esercizio del potere pubblico».

(17) In merito cfr. Caramazza, Dal principio di segretezza al principio di trasparenza. Profili generali di una riforma, RTDP, 1995, II, 945-946, il quale evidenzia come il diritto di accesso indifferenziato (cioè non correlato con un processo o un procedimento) un tempo fosse subordinato ad un potere generale di segretazione discrezionale addirittura in tutti i paesi del mondo. Al punto che l'eccezione rappresentata dalla Svezia, che riconosce tale diritto fino dal 1766, è poco significativa ed ogni comparazione con essa scarsamente producente. Quanto all'esperienza statunitense, l'affermazione del diritto di accesso, ricavata dal «right to know» del primo emendamento della Costituzione, non ha avuto alcuna portata effettiva, al punto da essere definita dall'A. uno «slogan giornalistico». La prima vera regolamentazione del principio negli USA avverrà solo con la legge generale di procedura del 1946.

(18) Balboni, Le riforme della Pubblica Amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura, in Scelte della Costituente e cultura giuridica, a cura di De Siervo, Bologna, 1980, 225.

(19) Berti, Procedimento, procedura, partecipazione, in St. Guicciardi, Padova, 1976, 792.

(20) Spasiano, op. cit., 13, rileva che il principio in esame non è riconducibile unicamente all'art. 97, 1° co., Cost., ma anche agli artt. 2, 3, e 24 Cost.

(21) Barile, Democrazia e segreti, Quad. C, 1987, 29 ss.; Barone, L'intervento del privato nel procedimento amministrativo, Milano, 1969, 213 ss.; Chiola, L'informazione nella Costituzione, Padova, 1973, 106 ss.; Loiodice, Contributo allo studio sulla libertà di informazione, Napoli, 1969, 34 ss.; Id., L'informazione, in Manuale di diritto pubblico, a cura di Amato-Barbera, 901 ss.

(22) In tal senso Anzon, «Segreto. VI) Segreto d'ufficio - Dir. amm.», in Enc. giur., XVIII, Roma, 1995, 2.

(23) Nigro, Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione, DPrA, 1989, 12 ss.; Anzon, op. cit., 1; Meloncelli, «Pubblicità (Dir. pubbl.)», in Enc. dir. XXXVII, Milano, 1988, 1036 ss.

(24) Così Marrama, La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo, in AA.VV., L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza, Atti del XXXV Convegno di studi di scienze dell'amministrazione - Varenna, 1989, Milano, 1991, 62 s.; Quadri, Riservatezza e trasparenza nell'esperienza costituzionale, ivi, 48; A. M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo15, Napoli, 1989, 687 ss.; Cerri, Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione, Padova, 1973; Anzon, op. cit., 2.

(25) In tal senso Abbamonte, La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza, Introduzione al tema, in AA.VV., L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza, Atti del XXXV Convegno di studi di scienze dell'amministrazione - Varenna, 1989, Milano, 1991, 8.

(26) A titolo meramente esemplificativo si rinvia a Abbamonte, op. cit., 8 ss.; Acquarone, Il segreto d'ufficio, Milano, 1965; Allegretti, op. cit., 241; Anzon, op. cit., 1; Barile, Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione, in AA.VV., Scritti di diritto costituzionale, Padova, 1967, 198 ss.; Cerri, op. cit., 83 ss.; Cognetti, Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza, RTDP, 1990, 94 ss.; Id., Profili sostanziali della legalità amministrativa, Milano, 1993; D'Agostino, L'attività della pubblica amministrazione fra trasparenza e riservatezza nella legge n. 241/1990, NR, 1996, 879 ss.; D'Antonio Castiello, La l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo e le sue disposizioni di principio, Roma, 1993, 32; Di Gioia, Per la trasparenza dell'amministrazione, TAR, 1992, II, 277 ss.; Luciani, op. cit., 61 ss.; Quadri, op. cit., 47 ss.; Marrama, op. cit., 62; Mirabelli, Note sulla riserva di procedimento amministrativo, cit., 685; A. M. Sandulli, Manuale, cit., 587 ss.

(27) Secondo tale disposizione l'art. 3, l. reg. n. 80/1978 deve intendersi nel senso che il rimborso disciplinato da quest'ultima normativa spetta nei soli casi di spostamento per partecipare alle sedute dell'organo di controllo e non anche quando il soggetto sia tenuto ad effettuare lo spostamento per motivi attinenti alla propria attività lavorativa.

(28) Anche in considerazione del principio di trasparenza, la Corte costituzionale con sentenza n. 383 del 17-10-1996 (Pres. Ferri, Rel. Chieppa) ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, 1°, 3° e 4° co., l. 11-3-1926, n. 416 (nuove disposizioni sulle procedure da seguirsi negli accertamenti medico-legali delle

ferite, lesioni ed infermità dei personali dipendenti dalle amministrazioni militari e da altre amministrazioni dello Stato) nella parte in cui, ai fini del riconoscimento della dipendenza da causa di servizio delle infermità del personale dipendente dell'amministrazione della difesa, consente all'amministrazione stessa di attivare l'intervento di una commissione medica di seconda istanza, senza disciplinare e garantire la partecipazione del dipendente alla fase endoprocedimentale davanti a tale commissione: infatti, si è specificato, tra l'altro, che in base al principio di trasparenza dell'azione amministrativa, la p.a. è tenuta a predisporre un meccanismo procedurale (espressa formula apposta in calce al documento comunicato all'interessato o altro mezzo) che dia all'interessato la chiara percezione dell'avvio della nuova fase, così da porlo nella effettiva possibilità di intervenire.

(29) Afferma, infatti, la sopraindicata pronuncia della Corte costituzionale che l'ultimo comma dell'art. 3 l. n. 241/1990 e succ. mod. integr., «secondo regole di trasparenza in vista dell'esercizio del diritto di difesa», obbliga la p.a. a rendere edotti coloro, cui vengono notificati provvedimenti amministrativi, circa il termini e l'autorità cui è possibile ricorrere: tale previsione deve ritenersi di carattere generale e, quindi, integrativa di procedimenti amministrativi disciplinati da disposizioni anteriori, ivi compreso quello relativo all'accertamento di infrazioni alle norme sulla circolazione stradale. Ed è con questa interpretazione adeguatrice che la Consulta supera il succitato dubbio di costituzionalità.

(30) Si è inequivocabilmente affermato che le esigenze di trasparenza ed economicità «trovano considerazione in un principio di grande riforma economico-sociale, insito nell'art. 1 l. n. 241 del 1990 (sul procedimento amministrativo)»: in tal senso C. Cost., 8-7-1992, n. 356 (Pres. Corasaniti, Rel. Caianiello), che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 22 l. 30-12-1991, n. 412, il quale, prevedendo l'istituzione di albi dei beneficiari di provvidenze economiche che gravino sui bilanci pubblici, impone direttamente i relativi adempimenti anche alle regioni (e province) a statuto speciale.

(31) In ordine al rapporto tra autonomia degli enti e trasparenza, nell'ottica che questa, senza limitare la prima, attraversi trasversalmente l'intero ordinamento, cfr. C. Cost., 23-7-1992, n. 356, GiC, 1992, 2834.

(32) In merito alla tempestività dell'azione amministrativa come strumento di trasparenza, cfr. C. Cost., 28-7-1993, n. 345, CS, 1993, II, 1228. Sul punto va richiamata anche la sentenza della Corte costituzionale n. 393/1996, secondo cui, in materia di trasparenza dell'azione amministrativa, la p.a. deve «predisporre un meccanismo procedurale che assicuri il raggiungimento dello scopo di consentire all'interessato la chiara percezione dello stesso, onde porlo nella effettiva possibilità di interloquire». Inoltre, sulla trasparenza quale diritto di adeguata conoscenza dell'istruttoria, cfr. C. Cost., 3-11-2000, n. 460, GI, 2001, 373.

(33) Tale convenzione, al dichiarato scopo di favorire la trasparenza del processo decisionale ed auspicando che questa prevalga in tutte le sezioni dell'amministrazione pubblica, all'art. 7 afferma - tra l'altro - che «ogni Parte prende le disposizioni pratiche e/o altre del caso affinché il pubblico partecipi all'elaborazione dei piani e dei programmi relativi all'ambiente in un ambito trasparente ed equo, dopo avergli

fornito le informazioni necessarie (...) Ogni Parte si sforza, per quanto le conviene, di fornire al pubblico la possibilità di partecipare all'elaborazione delle politiche relative all'ambiente».

(34) Secondo Spasiano, op. cit., 2, la molteplicità di significato del termine «trasparenza» rende non semplice individuarne un contenuto minimo essenziale. Rileva Quadri, op. cit., 23, che la trasparenza costituisce «uno dei miti socio-politici del nostro tempo», sottolineandone i punti di contatto, tra l'altro, con la glasnost di Gorbaciov. In merito cfr. anche Arena, La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi, cit., 21 ss.; Id., Trasparenza amministrativa e democrazia, in Sist. prev., 1993, n. 127, 24.

(35) In merito cfr. Abbamonte, op. cit., 7 ss.; Quadri, op. cit., 23 ss.

(36) Rileva Police, La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale, Napoli, 1997, 40, nt. 70, che «mentre la locuzione "trasparenza nell'azione" è sinonimo di "visibilità", la locuzione spesso usata in dottrina di "trasparenza dell'azione" sembra piuttosto essere il suo contrario».

(37) C. St., sez. IV, 20-9-2005, n. 4836, www.lexitalia.it, si esprime opportunamente in termini di «piena» visibilità dell'azione amministrativa.

(38) Per un approfondimento cfr. Bobbio, La democrazia e il potere invisibile, in Il futuro della democrazia, Torino, 1984, 82 ss. In merito v. anche Arena, «Trasparenza amministrativa», in Enc. giur., Roma, 1995, 2, che evidenzia anche che «vi sono azioni scorrette o illecite che vengono compiute proprio perché l'autore ha la sicurezza che non saranno mai rese pubbliche».

(39) In questi termini Abbamonte, op. cit., 13.

(40) Clarich, Trasparenza e protezione dei dati personali nell'azione amministrativa, FA Tar, 2004, 3894 ed anche www.giustizia-amministrativa.it, 1 ss., sottolinea le diversità - relativamente all'ambito di applicazione, all'oggetto e alle modalità di esercizio - del diritto di accesso disciplinato dalla l. n. 241/1990 e di quello regolato dal Codice in materia di protezione dei dati personali. Sussistono tre diverse tipologie di accesso secondo Occhiena, I diritti di accesso dopo il codice della «privacy», FI, 2004, III, 514 ss.: l'accesso esoprocedimentale afferente ai dati propri del richiedente (regolato dal Codice); l'accesso esoprocedimentale diretto a conoscere informazioni in possesso della p.a. e relative ad un soggetto terzo (regolato dalla l. n. 241/1990); l'accesso endoprocedimentale [disciplinato dall'art. 10, lett. a), l. n. 241/1990]. Individua una pluralità di diritti di accesso anche Bartolini, Pubblicità delle informazioni e diritto di accesso, in Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza, a cura di Cavallo, Torino, 2000, 247.

(41) Conseguentemente, il principio di trasparenza non può dirsi assolutamente soddisfatto con la sola e semplice visibilità della citata documentazione, ma è indispensabile che quest'ultima abbia un contenuto agevolmente comprensibile da parte dell'accedente: diversamente si farebbe, per così dire, rientrare dalla finestra ciò che si è voluto far uscire dalla porta.

(42) Per quanto riguarda la trasparenza in termini di comprensione e di conoscenza nell'ambito dell'ordinamento comunitario, si rinvia a De Leonardis, Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio, Milano, 2005, 204 ss.

(43) Così testualmente Piraino, La trasparenza dell'azione amministrativa: diafanità di un concetto, NR, 1991, 263, secondo cui gli strumenti indicati nel testo vanno «individuati nella possibilità del destinatario, o comunque di altri soggetti, di assistere al compimento dell'atto amministrativo e di partecipare al relativo procedimento di formazione, nella conoscibilità degli atti attraverso la configurazione di un diritto di accesso ai documenti amministrativi e nella motivazione del provvedimento amministrativo». Rileva Spasiano, op. cit., 2, che il principio in esame costituisce «un obiettivo da conseguire attraverso molteplici strumenti, direttamente o indirettamente finalizzati alla sua realizzazione, tanto più se l'amministrazione è colta nella sua accezione di strumento al servizio della comunità». In merito cfr. anche Villata, La trasparenza dell'azione amministrativa, relazione al XXXII convegno La disciplina generale del procedimento amministrativo: contributi alle iniziative legislative in corso, organizzato dal Centro Studi Amministrativi della Provincia di Como, Varenna-Villa Monastero, 1986, DPrA, 1987, 528; Chieppa, La trasparenza come regola della pubblica amministrazione, DEc, 1994, 613. Per una disamina delle molteplici opinioni sostenute in dottrina in ordine alla definizione della nozione di «trasparenza» cfr. Di Rago, op. cit., 21 ss.

(44) Aprile, Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: i precedenti legislativi e la nuova disciplina contenuta nella l. 7.8.90 n. 241, TAR, 1991, II, 394. Inoltre, Chieppa, op. cit., 614, parla della trasparenza come principio ispiratore della intera azione amministrativa, tentativo di unificazione di regole di comportamento non solo nel campo pubblico, ma anche in quello privatistico e dei rapporti che coinvolgono interessi generali e diffusi nella collettività.

(45) Tale acquisizione ha invertito il rapporto tradizionale segreto-trasparenza, ridimensionando la priorità data al segreto quale principio a cui informare i rapporti tra cittadini e Amministrazioni in tema di conoscenza degli atti amministrativi. In tale contesto il segreto diventa l'eccezione rispetto alla regola della trasparenza e, prima ancora, della pubblicità, che della trasparenza rappresenta il presupposto imprescindibile: esso non scompare, essendo comunque uno strumento essenziale per la tutela di interessi pubblici e privati, ma, coerentemente con il principio democratico, trova la sua legittimazione nell'ambito di espresse norme di legge.

(46) Marrama, op. cit., 64 ss. L'Autore sottolinea che la tutela della trasparenza non può avvenire a prescindere dalle sue implicazioni nell'organizzazione amministrativa e nel procedimento.

(47) Patroni Griffi, op. cit., 56. Di identico avviso anche l'interpretazione giurisprudenziale che, in riferimento alla l. n. 241/1990, afferma che essa, nel disciplinare i rapporti fra cittadino e p.a., delinea un ordinamento ispirato, da un lato, all'esigenza di un'azione amministrativa celere ed efficiente, e, dall'altro, ai principi di partecipazione dell'amministrato e di conoscibilità del concreto svolgimento dell'azione pubblica. Ciò, al fine di assicurare, attraverso la salvaguardia del valore

della «trasparenza», l'efficienza dell'amministrazione e, al contempo, la garanzia del privato e la legalità dell'ordinamento nel suo insieme.

(48) Caramazza, op. cit., 943. La stretta connessione tra i principi di trasparenza e imparzialità è correttamente messa in rilievo dalla l. n. 241/1990 all'art. 22, dal momento che «la trasparenza, stimolando il controllo popolare sull'attività dell'amministrazione, costituisce uno degli antidoti più efficaci contro le attività non imparziali» (A. Pubusa, L'attività amministrativa in trasformazione, cit., 132).

(49) Villata, op. cit., 528 ss. Questa definizione è stata però criticata da Virga, Trasparenza della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale del diritto di accesso agli atti amministrativi, in L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza, Atti del XXXV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 9-1989, Milano, 1991, 353 secondo il quale la trasparenza è il risultato a cui deve tendere l'azione amministrativa, e il parametro in base a cui valutarlo è il diritto di accesso, che costituisce la soglia minima oltre la quale si può considerare trasparente un ordinamento.

(50) Espressamente in questi termini Spasiano, op. cit., 5.

(51) Tuttavia, in senso sostanzialmente contrario cfr. Arcidiacono-Carullo-Rizza, Istituzioni di diritto pubblico, Bologna, 1993, 612 ss.; Biagini, Brevi riflessioni sulla «Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi», in AA.VV., St. Franco Piga, I, Milano, 1992, 163; Mazzamuto, Sul diritto d'accesso nella l. 241 del 1990, FA, 1992, 1573; Nicosia, Il procedimento amministrativo. Principi e materiali. Commento alla legge 241/1990 e alla sua attuazione con i D.P.R. 300 e 352/1992, Napoli, 1992, 75.

(52) Così Biondi-Moscara-Ricciardi, La riforma del procedimento amministrativo, Rimini, 2005, 10: in questo senso si spiegherebbe l'introduzione dell'art. 21 octies, per il quale «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». Stessa sorte è prevista per il provvedimento amministrativo non preceduto da regolare comunicazione dell'avvio del procedimento: se, infatti, il legislatore considera la trasparenza un principio di significato sostanziale, e non meramente formale, quale semplice presa in visione degli atti da parte dell'interessato, allora non può essere annullato un provvedimento che, ove anche fossero stati rispettati i canoni della trasparenza, non avrebbe potuto avere un diverso contenuto. Tale principio, infatti, è funzionale ad una partecipazione attiva del privato al procedimento e se essa non può esservi in concreto, allora la trasparenza non può dispiegare i suoi effetti e, quindi, non c'è interesse a tutelarla. Inoltre il legislatore tiene distinto il principio di trasparenza da quello di legalità, in quanto non necessariamente una violazione del primo concretizza una violazione di legge (ivi, 11).

(53) Secondo Villata, op. cit., 151, la trasparenza non costituisce un istituto giuridicamente preciso, ma un modo d'essere dell'amministrazione, un obiettivo o un parametro cui rapportare l'agire amministrativo. Conseguentemente, la trasparenza non corrisponde completamente al diritto di accesso. Tuttavia, Virga, Trasparenza

della pubblica amministrazione, cit., 354, rileva che non vi può essere vera trasparenza senza diritto di accesso.

(54) In tal senso Marrama, op. cit., 57 ss.

(55) In questi termini cfr. Marrama, op. cit., 58 ss., secondo cui «la garanzia della trasparenza passa (...) anche attraverso una adeguata disciplina del segreto».

(56) Testualmente Ricciuto, Il trattamento dei dati relativi allo svolgimento di attività economiche, cit., 133. In merito cfr. anche Frosini, op. cit.; Lyon, op. cit.; Mirabelli, Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati, cit., 313 ss.; Id., In tema di tutela dei dati personali, cit., 609 ss.

(57) In merito Lipari, op. cit., 1 ss.; Id., Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la legge 11-2-2005, n. 15), www.giustamm.it; Ferrucci, Diritto di accesso e riservatezza: osservazioni sulle modifiche alla legge 241/90, ivi, 1 ss.; Immordino, Alcune riflessioni su diritto di accesso, riservatezza e tutela processuale del controinteressato, FA Tar, 2003, 2041.

(58) Per la tutela della riservatezza dei dati trasmessi dalle imprese alla P.A. in sede di offerte relative a gare d'appalto pubblico, cfr. infra.

(59) In generale sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo cfr., tra gli altri, Vipiana, Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza, cit., 25; A. M. Sandulli, La proporzionalità dell'azione amministrativa, cit., 19.

(60) La trasparenza, poi, oltre che nella prospettiva dell'interesse dell'amministrazione e del cittadino, ha una sua efficacia anche nei confronti del giudice, in quanto il relativo sindacato è inevitabilmente condizionato dalla trasparenza dell'azione amministrativa.

(61) Sul punto cfr. Amore, L'informatica amministrativa di terza fase e la trasparenza amministrativa, in Informatica e doc., 1996, n. 3-4, 49 ss.; Antolini, Le amministrazioni pubbliche, tra classificazione statistica e classificazione giuridica per la costruzione del protocollo informatico, RCC, 2001, n. 3, 391.

Lupoli, Arriva il «protocollo informatico», cambia la pubblica amministrazione, DeG, 2004, 110, rileva che l'adozione di tale sistema di protocollo e la gestione dei procedimenti amministrativi in modo elettronico costituiscono una rivoluzionaria innovazione, che incide positivamente sia in termini di aumento di efficienza interna (mediante, ad esempio, l'eliminazione dei registri cartacei, la riduzione degli uffici di protocollo, ecc.), sia in termini di incremento dell'efficienza esterna della p.a., sia in termini di trasparenza.

(62) In merito cfr. De Pretis, Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica, Padova, 1995.

(63) Per raggiungere l'obiettivo indicato nel testo occorre, secondo Spasiano, op. cit., 15, «una vera e propria rivoluzione culturale, una riconversione di antichi metodi e l'impostazione di un'azione di "formazione permanente" della dirigenza amministrativa».

(64) Rileva Spasiano, op. cit., 7, che pre-condizioni organizzative e funzionali all'applicazione del principio in esame sono «univocità di riferimenti istituzionali, effettivo esercizio dell'azione amministrativa, semplicità di accesso ad essa, chiarezza

di competenze e di responsabilità, consapevolezza dei possibili rimedi, certezza di tempi».

(65) Sul punto, evidenzia Police, op. cit., 49 ss. che la «estraneità degli amministrati rispetto al nucleo della decisione sul regolamento dei propri interessi (...) è nettissima e continua ad alimentare la domanda di legittimità sostanziale delle scelte pubbliche». Inoltre, secondo R. Lombardi, in Contributo allo studio della funzione di controllo - Controlli interni e attività amministrativa, Milano, 2003, 254, «la preventiva conoscenza e la effettiva fruibilità, da parte della comunità sociale, dei parametri e dei criteri in base ai quali la p.a. decide le proprie linee di azione (siano esse di indirizzo strategico o di intervento concreto), si pone come una delle condizioni indispensabili per rendere più obiettiva e congrua (...) la decisione dell'organo agente, da un lato, e per consentire al cittadino di conoscere - e quindi di controllare - gli atti dei soggetti che detengono ed esercitano il pubblico potere, dall'altro... La determinazione espressa e visibile dei parametri di valutazione della gestione amministrativa conferisce trasparenza e pubblicità al potere, in quanto permette di accrescere la potenzialità del controllo sociale sull'amministrazione».

(66) La predeterminazione di canoni, parametri e regole di condotta da seguire da parte della p.a. nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, concorre a soddisfare non solo quell'aspettativa di risultato che la partecipazione affida al cittadino, ma anche quell'esigenza di prevedibilità dell'azione amministrativa, che costituisce una delle condizioni di certezza nei rapporti tra privati e p.a. (v. infra).

(67) Rileva Onida, Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione Italiana, in Manuale di Diritto Pubblico, a cura di Amato-Barbera, Bologna, 1994, 110, che «solo in una società in cui tutti siano messi in grado di conoscere i termini delle scelte e di scegliere liberamente, il consenso maggioritario, su cui si basa l'esercizio dell'autorità, acquista significato... Ancora, una democrazia non solo formale implica che tutti i cittadini siano messi effettivamente in grado di esercitare i poteri che spettano al popolo: onde sia resa effettiva la partecipazione di tutti all'organizzazione politica del paese (art. 3, 2° co., Cost.)».

(68) Né tutto ciò può determinare un intralcio o un sovraccarico dell'azione amministrativa (su cui v. infra).

(69) Marrama, op. cit., 74 s.; Piga, Premessa ad uno studio sul coordinamento amministrativo, in AA.VV., Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato, Roma, 1981, 355 ss.; Sanviti, Convenzioni e intese nel diritto pubblico, Milano, 1978; Ferrara, «Intese, convenzioni e accordi amministrativi», in Digesto/pubbl., VIII, Torino, 1993, 543 ss. Afferma Patroni Griffi, op. cit., 65, che «il problema non è far partecipare molte persone a qualsiasi procedimento, bensì consentire la partecipazione democratica proprio con riferimento ai procedimenti in cui essa trova una razionale giustificazione, cioè i procedimenti latu sensu pianificatori (...). La partecipazione procedimentale - specie ai procedimenti di massa - consente, insieme con la ponderazione comparata degli interessi coinvolti, l'emersione degli interessi medesimi, che contrasta quella tendenza alla consensualità sommersa che sempre mina, in nome dell'efficientismo, il corretto svolgersi dell'azione amministrativa». In

merito cfr. anche D'Alberti, La visione e la voce: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi, RTDP, 2000, 31 ss.

(70) Sottolinea Spasiano, op. cit., 14, che «soltanto il coinvolgimento del/dei cittadino/i, dalla fase programmatoria (e di predisposizione delle regole) sino a quella di adozione delle scelte finali è in grado di determinare lo sradicamento di quella logica unilaterale ed autoritativa, per addivenire a scenari di progressiva e costante corresponsabilizzazione nelle scelte amministrative».

(71) Sul punto cfr. Pica, «Internet», in Digesto/pen., Agg., Torino, 2004, 425 ss.; Alpa-Bessone (a cura di), Banche dati telematiche e diritti della persona, Padova, 1984; Alpa-Bessone-Boneschi-Caiazza, L'informazione e i diritti della persona, Napoli, 1983; Cassano, Internet e riservatezza, in Internet. Nuovi problemi e questioni controverse, a cura di Cassano, in Il diritto privato oggi, a cura di Cendon, Milano, 2001, 9 ss.; Cerri, Telecomunicazioni e diritti fondamentali, DII, 1996, 785 ss.; Manganelli, Innovazioni tecnologica e tutela della riservatezza, in La tutela della riservatezza, a cura di Loiodice-Santaniello in Trattato di diritto amministrativo, diretto da Santaniello, XXVI, Padova, 2000, 223 ss.; Ciacci, La tutela dei dati personali su internet, ivi, 369 ss.; Rodotà, Elaboratori elettronici e controllo sociale, Bologna, 1973.

(72) Così Marrama, op. cit., 63, che sottolinea anche che «d'altra parte, siffatte disposizioni sono caratterizzate da una estrema frammentarietà, in quanto (...) disciplinano il diritto d'accesso con riferimento a specifici, singoli settori e sono, comunque, inadeguate».

(73) Sul punto cfr. Chieppa, op. cit., 613; Laschena-Pajno, Trasparenza e riservatezza nel processo amministrativo, DPrA, 1990, 5; Piraino, op. cit., 263; Villata, op. cit., 528.

(74) In questi termini Simonati, op. cit., 24-25, secondo cui, inoltre, il principio di trasparenza costituisce «una regola generale di correttezza nell'esercizio del potere, la quale risulta immanente al sistema democratico».

(75) Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui per soddisfare le esigenze di trasparenza sia necessario l'accesso ad un numero davvero considerevole di atti: in questi casi già le sole relative spese di riproduzione (evidentemente di importo non contenuto) finiscono per costituire un concreto ostacolo all'effettività del principio in esame, ostacolo che diventa quasi insormontabile quando sono in gioco interessi deboli che richiederebbero, all'opposto, più agevoli forme di tutela.

Oltre a questo specifico aspetto che attiene - per così dire - ai costi della trasparenza, la concreta operatività di quest'ultima è spesso condizionata anche da alcuni approcci legislativi e giurisprudenziali tendenzialmente orientati all'«occultamento».

Si fa riferimento, innanzi tutto, a procedimenti segreti o riservati, che, comunque, non possono essere eliminati perché funzionali alla tutela di esigenze costituzionali, tra cui anche quelle irrinunciabili di riservatezza. Sarebbe, tuttavia, opportuna una revisione ed un riordino di questo tipo di procedimenti, al fine di contemperare meglio le esigenze costituzionali e la necessità di una secretazione, che sotto certi profili si pone in contrasto con il riconosciuto diritto di accesso.

(76) In merito si rinvia ad Contaldo, Il protocollo informatico: previsione normativa di un'innovazione tecnologica della pubblica amministrazione, FA, 2001, I, 2230;

Limone-Chirenti, Guida ai sistemi informativi automatizzati degli enti locali, Rimini, 1998.

(77) In merito cfr. Agliati, Tecnologie dell'informazione e sistema amministrativo, Milano, 1996.

(78) Ambriola-Carobene, La PA e Internet, SO, 2002, suppl., 11.

(79) Zaffaroni, L'informatizzazione della Pubblica Amministrazione, FA, 1996, 2516-2517.

(80) Tale decreto, insieme agli altri interventi in materia di pianificazione dell'informatizzazione pubblica, è stato emesso in attuazione di quanto previsto dalla l. n. 400/1988 che attribuisce alla Presidenza del Consiglio il compito di adottare direttive che assicurino l'imparzialità e il buon andamento degli uffici pubblici.

(81) Zaffaroni, op. cit., 2516-2521.

(82) L'importanza delle applicazioni informatiche per raggiungere gli obbiettivi della partecipazione e della trasparenza individuati dalla riforma in atto è sempre stata evidente: in una serie di circolari del 1990, che cercavano di recepire nel processo di automazione i principi in tema di procedimento e di diritto di accesso, il Ministero per la funzione pubblica sottolineava la necessità di «riprogettare» le amministrazioni per aumentare efficienza, efficacia e qualità del servizio offerto ai cittadini, sottolineando come le tecnologie informatiche e telematiche potessero accrescere in maniera notevole le capacità operative delle strutture pubbliche.

(83) Per e-government, deve intendersi, secondo L'Ocse, «l'uso delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) da parte delle pubbliche amministrazioni applicato ad un vasto campo di funzioni amministrative [che] ha il potenziale di trasformare le strutture e le procedure amministrative». Per la Commissione Europea e-government consiste nell'«usare le nuove tecnologie per aumentare la partecipazione al processo democratico».

(84) Determinante in tal senso è l'art. 5, 1° co., lett. b), del citato d.lg. n. 39/1993, che individua nell'interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici uno dei criteri di organizzazione delle amministrazioni.

(85) L'AIPA ha sostituito l'organismo fino ad allora competente - il Dipartimento per la Funzione Pubblica - avendo, a differenza di questo, competenze specifiche ed esclusive sulla questione dell'innovazione tecnologica e potendo contare per legge su una composizione prevista per massimizzare la professionalità dei suoi membri: essi, infatti, devono disporre di curricula che ne comprovino l'esperienza e l'autorevolezza in materia e vengono scelti direttamente dal Presidente dell'organismo, chiamato a svolgere un ruolo centrale e primario.

(86) Con l'art. 176 d.lg. n. 196/2003 l'Autorità è confluita, insieme al Centro Tecnico creato nel 1997, nel CNIPA - Centro Nazionale per l'Informatica nella p.a. - che opera esercitando prevalentemente compiti di indirizzo e di coordinamento: essi si sostanziano nell'elaborazione degli standard tecnologici, funzionali e operativi e nell'individuazione dei criteri di progettazione, realizzazione e gestione dei sistemi informativi pubblici attraverso la redazione di un piano triennale riveduto annualmente. Il Centro ha anche compiti di promozione nei confronti delle singole amministrazioni per la realizzazione delle infrastrutture informatiche e telematiche e

per la formazione del personale, nonché funzioni di controllo e verifica dello stato di avanzamento dei progetti e del rapporto costi/benefici delle iniziative intraprese (il sito ufficiale del CNIPA http://www.cnipa.gov.it, che contiene informazioni e links a siti collegati, rappresenta un notevole punto di riferimento e di guida per gli enti che intraprendono la strada dell'innovazione).

(87) Ai sensi dell'art. 2, lett. b), la trasparenza dell'azione amministrativa è proprio una delle finalità a cui risponde l'utilizzazione dei sistemi informativi automatizzati.

(88) Il d.p.r. n. 352/92 ha esplicitato che il diritto di accesso si realizza anche attraverso le forme di pubblicità attuabili mediante strumenti informatici, elettronici e telematici.

(89) In ordine al profilo indicato nel testo cfr. Amore, op. cit., 49 ss.

(90) Con provvedimento del 30-6-2005 (DeG, 2005, 108 ss.) il Garante per la protezione dei dati personali, nell'approssimarsi della scadenza del termine stabilito con l'ultima proroga, esorta la pubblica amministrazione ad adottare l'atto regolamentare stabilito dal d.lg. n. 196/2003 per il trattamento dei dati sensibili e giudiziari: in caso contrario tale trattamento dovrà essere interrotto, pena la diretta responsabilità dei soggetti pubblici titolari.

(91) Lupoli, op. cit., 110, afferma che si tratta «di una rivoluzione di non poco momento non solo per i dipendenti pubblici, direttamente interessati dal progetto, ma anche per gli utenti (rectius, clienti) della p.a., che ne beneficeranno in termini di efficienza e trasparenza dell'attività amministrativa». In buona sostanza, l'adozione di tale sistema di protocollo e la gestione dei procedimenti amministrativi in modo elettronico incide positivamente sia in termini di aumento di efficienza interna (mediante, ad esempio, l'eliminazione dei registri cartacei, la riduzione degli uffici di protocollo, ecc.), sia in termini di incremento dell'efficienza esterna della p.a.

(92) Sul punto cfr. Antolini, op. cit., 391.

(93) Su quanto indicato nel testo si rinvia a Contaldo, Il protocollo informatico: previsione normativa di un'innovazione tecnologica della pubblica amministrazione, cit., 2230.

(94) Per la specificazione delle regole tecniche da seguire in ottemperanza al disposto della normativa primaria, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha emanato il 14-10-2003 un decreto (pubblicato sulla G.U. 25-10-2003, n. 249) mediante il quale il Ministero per l'Innovazione e le Tecnologie ha tracciato le direttive necessarie per l'avvio del protocollo informatico. Nell'ambito di tali direttive, di notevole rilievo è la previsione di una semplificazione dei procedimenti amministrativi mediante l'utilizzo delle tecnologie informatiche, obiettivo addirittura ulteriore rispetto alla mera attuazione del protocollo informatico quale strumento di ricognizione dei dati già esistenti: in effetti, il decreto reca in nuce le modalità operative per addivenire ad un nuovo modo di intendere la trasparenza e l'efficacia dell'azione amministrativa, attraverso un ripensamento del tradizionale operare del procedimento congegnato dalla l. n. 241/1990 e succ. mod. integr. Per il raggiungimento di questo obiettivo il Governo ha ritenuto utile la definizione e l'individuazione di «aree organizzative omogenee», ossia di quei settori organizzativi della p.a. caratterizzati da una affinità operativa, in modo tale da poter adottare dei protocolli comuni idonei a soddisfare le

esigenze di tutti i singoli uffici appartenenti alla medesima area: in buona sostanza, gli uffici accomunati devono saper parlare la stessa lingua e condividere le informazioni in maniera rapida ed efficace, nel pieno rispetto del principio di trasparenza. Conseguentemente, ciascuna area per poter essere definita tale e, soprattutto, per differenziarsi rispetto alle altre aree contigue, deve assumere e mantenere nel tempo determinate caratteristiche: in primo luogo, l'omogeneizzazione dei flussi documentali, propedeutica ad una loro gestione in comune; inoltre, la predisposizione di una modulistica universale, utilizzabile in ciascun ufficio senza limitazione; ed infine, la predisposizione di una protocollazione comune, che possa realmente unificare sotto l'egida di un'area unitaria il complesso della documentazione in entrata ed in uscita di ciascuna unità organizzatoria.

(95) In ogni caso è prevista la facoltà per le pubbliche amministrazioni di svolgere manualmente le operazioni di protocollo, qualora non sia possibile addivenire con celerità alle implementazioni tecniche previste dalla normativa: cfr. art. 63 d.p.r. n. 445/2000, richiamato anche dal decreto ministeriale indicato in precedenza. A completamento di questo ambizioso progetto, la citata normativa regolamentare si è premurata di dettare le regole minime per la formazione del personale, che, essendo abituato alle previgenti modalità di esercizio dell'attività amministrativa, necessita di una costante opera di aggiornamento professionale, mediante la quale fronteggiare i nuovi e molteplici adempimenti imposti dal varo della nuova disciplina: in ordine a tali profili indicati si rinvia a Lupoli, op. cit., 111, che evidenzia come il sopraindicato decreto si sofferma anche sulla redazione di una vera e propria guida avente ad oggetto sia le regole certificate dall'amministrazione per un corretto ed efficace funzionamento del sistema di protocollo, sia i procedimenti amministrativi informatici, sia il sistema documentale.

(96) Sul valore probatorio della firma digitale cfr. Cass. civ., sez. lav., 6-9-2001, n. 11445, GC, 2001, I, 2330.

(97) Per una interessante prospettiva storica cfr. Merusi, Profili giuridici della gestione elettronica dei documenti, DEc, 1991, 325.

(98) Cfr. Novelli, L'aggiornamento delle tecnologie da parte dell'Amministrazione pubblica, in Informatica e doc., 1995, n. 4, 7 ss.

(99) Tuttavia, il primo testo legislativo risale al 1997 (legge Bassanini): in merito cfr. Amendola, Una doppia rivoluzione copernicana: la firma digitalizzata nell'ambito della legge 15-3-1997 n. 59 (cosiddetta legge Bassanini), in Informatica e doc., 1997, n. 4, 75; Albertini, Sul documento informatico e sulla firma digitale (novità legislative), GC, 1998, II, 267.

(100) Secondo la definizione contenuta nell'art. 1, 1° co., lett. s), d.lg. 7-3-2005, n. 82 (c.d. Codice dell'amministrazione digitale, su cui v. infra), la firma digitale consiste nel risultato di una particolare procedura informatica mediante la quale il sottoscrittore, all'esito di determinate operazioni, appone la propria firma ad un qualsiasi documento informatico, attribuendogli effetti in tutto e per tutto assimilabili a quelli di una sottoscrizione tradizionale. A garantire le esigenze di certezza riconnesse all'apposizione della firma digitale soccorre la procedura di validazione, mediante la quale si assicura che ciascuna firma digitale equivale e corrisponde ad una sola

persona: il titolare della firma, infatti, dispone di una smart card e di un PIN (codice identificativo) necessario per abilitare i dati contenuti nella smart card. Inserendo la tessera in un apposito lettore collegabile a qualsiasi personal computer e digitando l'apposito codice, il titolare della carta potrà apporre la sottoscrizione digitale al documento informatico. Per accertare la genuinità della sottoscrizione il destinatario del documento (o chiunque ne abbia interesse) può effettuare un controllo della firma stessa, alla quale è associata una coppia di chiavi asimmetriche, una privata e l'altra pubblica. Verificando, quindi, la chiave pubblica, tenuta presso appositi registri, l'interessato può risalire al firmatario (cui corrisponde la chiave privata) ed accertare così la paternità della firma digitale: tutto ciò risponde ad una chiara logica non solo di efficienza, ma anche di trasparenza. Ovviamente, per conservare un necessario controllo sull'utilizzo delle procedure di sottoscrizione digitale, i soggetti abilitati al rilascio delle apparecchiature di firma digitale, detti «certificatori«, sono sottoposti a controlli e a preventiva autorizzazione statale, dovendo in ogni caso il loro accreditamento attuarsi secondo le regole comunitarie del diritto alla concorrenza: la firma digitale, inoltre, non è attribuita sine die, ma presenta una data di scadenza entro la quale il richiedente ha l'onere di chiederne la rinnovazione (o la sua sostituzione con i metodi e le procedure più avanzate che eventualmente scaturiranno dal progresso tecnologico): cfr. art. 24 d.lg. n. 82/2005.

(101) Per gli opportuni approfondimenti tecnici cfr. Contaldo, Il documento informatico e la firma digitale nella P.A.: appunti per una ricostruzione della fattispecie, RAm, 2002, n. 202-3, 35.

(102) Giacopuzzi, Il ruolo della firma digitale nel sistema italiano, AC, 2002, II, 1265.

(103) Arnò-Lista, La firma digitale nell'ordinamento comunitario, RDC, 2000, II, 781; Di Cocco, Firma elettronica: il legislatore europeo disegna il quadro continentale, a cura del Cirsfid, DPS, 2000, n. 12, 33.

(104) Chieppa, op. cit., 613 ss.

(105) Nello stesso senso si colloca anche il d.lg. n. 195/2005 - attuativo della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale - il cui art. 1, lett. b), stabilisce che il sopraindicato decreto è volto, tra l'altro, a «garantire, ai fini della più ampia trasparenza, che l'informazione ambientale sia sistematicamente e progressivamente messa a disposizione del pubblico e diffusa, anche attraverso i mezzi di telecomunicazione e gli strumenti informatici, in forme o formati facilmente consultabili, promuovendo a tale fine, in particolare, l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione».

(106) Tuttavia, non può sottacersi che il ricorso a tali nuovi strumenti tecnologici, come è già successo in passato ogni volta che c'è stata una rilevante invenzione, si scontra con problemi di ordine culturale legati all'utenza. Si è messo in evidenza che al posto delle vecchie classi sociali - aristocrazia, borghesia e popolo - sembra affermarsi nella moderna società la divisione in due gruppi: da un lato la classe alta, l'élite, gli uomini tecnologici in grado di muoversi nel nuovo mondo globalizzato, dall'altro lato la classe bassa, formata da tutti gli altri soggetti: in tal senso cfr. Garcia, L'élite e la classe bassa, in Cronache parlamentari siciliane, 1995, 21. A fronte di tale situazione è assolutamente necessario trovare i mezzi per evitare che si formi il c.d.

«redlining» e cioè il solco di possibile discriminazione nei confronti dei soggetti analfabeti in informatica, che inevitabilmente dovranno ricorrere a nuove e specifiche figure professionali originate da tale situazione. Un primo quadro generale dello stato dello sviluppo tecnologico delle nuove amministrazioni in funzione della realizzazione della trasparenza proviene dagli annuali rapporti Censis-RUR sulle Città digitali, ma interessante è anche notare il proliferare di reti telematiche civiche, di accessi pubblici ad Internet ed a pagine di WWW create da Comuni ed enti pubblici (su cui v. infra) che contengono notizie ed informazioni relative a diversi aspetti (organigramma, norme, statuti, regolamenti, atti a contenuto generale, ecc.): in effetti, le esigenze di trasparenza vengono soddisfatte attraverso non solo la disponibilità in rete di una serie di informazioni sull'amministrazione, ma anche la pubblicazione in rete di una serie di atti.

(107) L'informatizzazione della p.a. (v. infra) consente di ridurre considerevolmente i fattori che generano delle vere e proprie «zone grigie», dove non di rado attecchiscono poco chiari ed a volte illeciti intrecci di interessi tra pubblici amministratori e privati. L'esperienza giudiziaria ha dimostrato come in diverse circostanze proprio la mancanza di trasparenza ha favorito il realizzarsi di gravi episodi criminosi che hanno prodotto ingenti danni soprattutto per gli interessi c.d. deboli. Ciò induce a ritenere che l'applicazione delle tecnologie informatiche nell'organizzazione e nell'attività della p.a. contribuisce a ridurre in maniera rilevante il rischio che organizzazioni o attività sommerse possano perseguire l'illegale obiettivo della indebita soddisfazione di interessi particolari o di gruppo. In definitiva, l'informatizzazione della p.a., oltre a perseguire i succitati obiettivi riducendo la distanza tra amministratori pubblici e cittadini, costituisce anche un'importante strategia di contrasto al pericoloso fenomeno delle infiltrazioni malavitose nella p.a.

(108) In tale direzione si colloca la l. n. 4/2004 (c.d. legge Stanca) che costituisce un fondamentale punto di riferimento in ordine alle possibilità del cittadino di usufruire del web, a prescindere dall'eventuale deficit fisico, culturale e tecnologico.

(109) Nella materia in esame la prima disposizione rinvenibile è quella contenuta nella Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 5-9-1995, che contiene l'indicazione di principi e modalità per la realizzazione della Rupa. Ha, poi, fatto seguito lo studio di fattibilità condotto dall'AIPA negli anni 1995/96 per giungere poi all'art. 15, 1° co., l. n. 59/1997 con cui l'AIPA è stata incaricata (per soddisfare esigenze di coordinamento, qualificata competenza e indipendenza di giudizio) di stipulare uno o più contratti-quadro con i prestatori dei servizi e delle forniture relativi al trasporto dei dati e all'interoperabilità, in vista della creazione della Rupa.

(110) Attraverso il sistema delle applicazioni cooperative è previsto che il cittadino possa rivolgersi al suo Comune per attivare qualunque procedimento amministrativo o per ottenere informazioni sui procedimenti in corso. Si tende a consentire al cittadino di attivare procedimenti di varia natura dal proprio computer attraverso una connessione al sito del comune di appartenenza, che provvederà al riconoscimento dell'identità dell'utente e all'attivazione di tutti gli uffici coinvolti nella pratica, generando tracce delle attività svolte. La realizzazione di questi servizi integrati anche a livelli meno avanzati comporta una notevole semplificazione nei rapporti tra

cittadino e p.a. e favorisce il loro reciproco avvicinamento, in un contesto di cooperazione che, sulla base di poche regole chiare e con l'individuazione di un referente unificato, coinvolge direttamente gli utenti stessi dei servizi.

(111) Con riferimento a quanto indicato nel testo un esempio è costituito dalla Rupar (Rete Unitaria della Pubblica Amministrazione Regionale) che collega tutti gli enti pubblici della regione offrendo la condivisione di servizi di base (Internet Provider), servizi informativi di interesse generale, servizi di interconnessione con la PAC, servizi di interoperabilità, documentazione relativa a progetti coordinati a livello regionale.

(112) Attraverso Intranet si facilitano e si potenziano le modalità di comunicazione e informazione interna su oggetti, temi e attività la cui conoscenza sia funzionale al migliore svolgimento dei compiti istituzionali dell'ente.

(113) Il principio del riuso del software è previsto dal 1° co. dell'art. 25 l. n. 340/2000 secondo cui «le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3-2-1993, n. 29, che siano titolari di programmi applicativi realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico, hanno facoltà di darli in uso gratuito ad altre amministrazioni pubbliche, che li adattano alle proprie esigenze».

(114) È evidente che la possibilità di accedere alle informazioni contenute in Internet, e cioè la loro facile reperibilità e comprensione, dipende direttamente dalla possibilità di navigare sui siti in maniera semplice e lineare: è necessario che tali siti abbiano interfacce amichevoli (friendly), cioè molto intuitive. La direttiva del Presidente del Consiglio 30-5-2002, per consentire il raggiungimento di adeguati ed omogenei livelli di qualità, ha previsto la possibilità di accedere al dominio di secondo livello .gio.it per tutti quei siti istituzionali che hanno determinate caratteristiche (elevati standard di accessibilità, usabilità, esaustività e reperibilità delle informazioni, identificazione e controllo dell'accesso dell'utenza, sicurezza e privacy).

(115) In questi termini Zucchetti, I rapporti tra le norme relative all'accesso ed alla tutela dei dati personali, in Italia-Della Torre-Perulli-Zucchetti, Privacy e accesso ai documenti amministrativi, Milano, 1990, 110 s., secondo cui la trasparenza amministrativa riguarda, ad esempio, la «circolazione delle informazioni all'interno dello stesso sistema amministrativo (...) la previsione della figura del responsabile del procedimento come interlocutore unico per ciascun provvedimento, sia verso l'interno, sia verso l'esterno dell'amministrazione (...) l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento (...) l'obbligo di concluderlo entro un termine prefissato ... la realizzazione in tutte le amministrazioni degli uffici per le relazioni con il pubblico». Nello stesso senso Piraino, op. cit., 1991, 263.

(116) Cfr. Garofoli-Sandulli, Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005, Milano, 2005; Mascarello, Il contratto di appalto, Milano, 2002.

(117) La materia delle opere pubbliche è stata profondamente rivisitata dal d.lg. 12-4-2006, n. 163 (c.d. codice dei contratti pubblici), con cui si è riusciti a creare un unico corpo normativo a cui assoggettare tutta la materia. Di notevole rilievo è l'importanza che si sta dando, nella materia in esame, alla tutela dell'ambiente ed alla politica sociale, aspetti fondamentali per il perseguimento di uno sviluppo sostenibile.

(118) Cfr. Penella, Contratti ed appalti secondo la normativa CEE ed ESA, RTAp, 1994, II, 239 ss.

(119) Marinelli, Il tipo e l'appalto, Padova, 1996.

(120) I dati ai quali si fa riferimento nel testo sono reperibili sul sito Internet ufficiale dell'Unione europea.

(121) Cfr. Bronzini, L'appalto: problemi e caratteristiche, AC, 1987, 449 ss.

(122) Sul versante della trasparenza l'opera di maggiore rilievo è stata senza dubbio prodotta dalla Commissione Europea, la quale ha provveduto nel corso degli anni a formare i responsabili del procedimento mediante opportune misure d'intervento e a rendere il più omogenei possibile i bandi di gara emanati dalle stazioni appaltanti. La Commissione ha a tal proposito adottato un linguaggio ad hoc, il CPV (Common Procurement Vocabulary), specifico per gli appalti pubblici. Il CPV, redatto in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea, facilita la comunicazione fra i soggetti dei diversi Paesi interessati e garantisce in breve termine una omogeneizzazione non solo giuridica, ma anche tecnica delle procedure.

L'effettiva conoscenza delle operazioni di gara è un valore talmente fondante nell'attuale momento storico, che anche i giudici di legittimità non esitano a sanzionare con la nullità le procedure che violino tale canone: cfr. sul punto l'ordinanza n. 1859 del 18-11-2004 (www.altalex.it) del T.A.R. Sicilia, sez. Catania.

(123) Pubblicato sulla G.U. 2-5-2006, n. 107.

(124) Cfr. Palombella, Opere pubbliche in linea con Bruxelles. Enti: trasparenza e procedure flessibili, DeG, 2006, 54 ss. Sulla normativa previgente cfr. Linda, La riforma della legge Merloni, GDAm, 1995, II, 365 ss.; L. Giampaolino-M. A. Sandulli (a cura di), Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla «Merloni ter», Milano, 1999; Amiconi, La Merloni ter un anno dopo: i problemi e le prospettive, AUE, 2000, 47, 59 ss.; Di Gioia, La disciplina dei contratti misti nella «Merloni Ter», UA, 2000, II, 475 ss.

(125) Inoltre, l'ultimo comma dell'art. 2 d.lg. n. 163/2006 dispone che l'attività contrattuale spesa ex art. 1 si debba svolgere nel quadro dei principi e delle norme fissati dal codice civile: ancora una volta l'attività delle pubbliche amministrazioni viene ancorata agli schemi normativi dello jus privatorum, laddove al contrario spiazza la disposizione di cui al 2° co. dell'art. 1. Questa, collocata immotivatamente secondo il parere del Consiglio di Stato nella prima disposizione del sopraindicato d.lg. prevede che «nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste poste in essere per realizzare e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica». In sostanza, in materia di procedure prodromiche alla scelta del socio privato in caso di costituzione di società miste poste in essere per realizzare e/o gestire opere e servizi pubblici, si riprende in toto il principio generale secondo cui la scelta del socio privato debba avvenire con procedure di evidenza pubblica.

(126) Cfr. Bellagamba, Autocertificazione e semplificazione della gara d'appalto, Milano, 1998.

(127) Secondo la sent. n. 82/2005 della V sez. del C. Stato la prescrizione del bando di gara, che prevede - a pena di esclusione - la presentazione dell'offerta

esclusivamente a mezzo raccomandata del servizio postale, va interpretata nel senso che dovevano essere ammesse in gara solo le offerte pervenute tramite le Poste italiane s.p.a.: in senso contrario cfr. Alesio, Offerte per raccomandata: è l'unica via. Esclusi i corrieri privati, i dubbi restano, DeG, 2005, 116 ss.

(128) Tali disposizioni normative tutelano - come è noto - il c.d. «segreto industriale» che consente agli operatori economici di richiedere alle amministrazioni aggiudicatrici il rispetto della riservatezza delle informazioni conferite e della documentazione inviata al fine di tutelare il segreto industriale, nonostante comunque la p.a. debba valutare le offerte presentate. Inoltre, laddove l'amministrazione richieda notizie in ordine alla capacità tecnica (e, quindi, la comunicazione di dati riservati) le imprese saranno tenute a richiedere espressamente per iscritto il riserbo alla p.a. su quanto eventualmente comunicato in ottemperanza all'invito ricevuto, sempre che l'impresa sia diligente nel sottolineare quali dati siano da mantenere segreti.

(129) Cfr. Puleio, Violazione della Privacy e condizioni obiettive di pubblicità, CP, 2005, 2540 ss. Secondo Cass. pen., sez. III, 28-5-2004, n. 30134, CP, 2005, 2540, in tema di trattamento illecito dei dati personali, mentre il reato a pericolo presunto, di cui al previgente art. 35 l. n. 675/1996, prevedeva come circostanza aggravante il nocumento per la persona alla quale ineriscono i dati illecitamente trattati, l'art. 167 t.u. n. 196/2003 ha tipizzato tale nocumento, da intendersi sia riferito al soggetto stesso che al suo patrimonio, come condizione obiettiva di punibilità ed ha anche previsto un dolo specifico di danno: conseguentemente, il principio di offensività impedisce che costituisca reato quella violazione della normativa sulla tutela dei dati personali che produca un vulnus minimo all'identità personale del soggetto passivo ed alla sua privacy (nel caso di specie, un candidato alle elezioni aveva inviato materiale propagandistico ai suoi amici associati senza il loro consenso, estraendo i loro dati personali dall'archivio dell'associazione). Sul punto cfr. Contaldo-Marotta, Depenalizzazione e nuove tutele dei dati personali anche alla luce del codice della privacy, GM, 2004, n. 11, 2409, e n. 12, 2640. Per la disciplina previgente cfr. Blaiotta, Le modifiche alle fattispecie penali previste dalla legge sulla protezione dei dati personali, CP, 2002, 2955.

(130) Nello specifico, il 2° co. dell'art. 13 stabilisce che, fatta salva la disciplina prevista dal Codice per gli appalti segretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito: nelle procedure aperte relativamente ai soggetti che hanno presentato le offerte, fino al termine per la loro presentazione; nelle procedure ristrette e negoziate qualora vi siano le ipotesi sub lett. b); infine, relativamente alle offerte, l'accesso è differito fino all'approvazione dell'aggiudicazione. In tali casi, i relativi atti non possono essere comunicati a terzi o comunque divulgati pena l'insorgere di una ipotesi di responsabilità penale ex art. 326 c.p. a carico dei pubblici ufficiali o degli incarichi di pubblici servizi.

(131) Con esclusivo riguardo, infine, ai contratti nei c.d. settori speciali, c'è la possibilità per gli enti aggiudicatori di imporre requisiti volti a tutelare la riservatezza delle informazioni che trasmettono.

(132) Per una panoramica generale cfr. Carinci, Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, Milano, 1995; Clarich-Iaria, La riforma del pubblico

impiego, Rimini, 2000; Mari, Accesso e carriera nelle pubbliche amministrazioni, Milano, 1996; Rusciano, Giannini e il pubblico impiego, RTDP, 2000, II, 1111 ss.; Talamo, Il d.lg. n. 165 del 2001 fra tradizione e discontinuità: guida ad un t.u. «meramente compilativi», LPA, 2001, suppl. 2, 9 ss.; Virga, Il pubblico impiego dopo la privatizzazione, Milano, 2002; Villata, Prime considerazioni in tema di «privatizzazione» del pubblico impiego e tutela giurisdizionale, DPrA, 1993, II, 399 ss. Piratino, Il pubblico impiego tra contrattualizzazione e privatizzazione, NR, 1993, II, 2004 ss.; Noviello-Sordi, Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso, Milano, 2001.

(133) Per i risvolti giurisdizionali cfr. Tenore, Riparto di giurisdizione sui concorsi interni nelle pubbliche amministrazioni, nota a T.A.R. Umbria, 31-5-2001, n. 307, FA, 2001, I, 1702 ss.; Videtta, Concorsi, esami e sindacabilità giurisdizionale amministrativa, DAmm, 1996, I, 539 ss.

(134) Cfr. Altieri, Brevi note sull'instaurazione del rapporto di pubblico impiego, nota a T.A.R. Sardegna, 8-9-1993, n. 1069, RGSarda, 1994, III, 237 ss.; Murgia, In tema di costituzione del rapporto di pubblico impiego fondata su atti di natura convenzionale, nota a sent. T.A.R. Sardegna, 25-10-1988, n. 1311, RGSarda, 1989, 824; Tassone, Osservazioni in tema di rilevanza di fatto del rapporto di pubblico impiego a seguito di assunzione nulla per violazione di norme imperative, nota a C. St., Ad. Plen., 9-9-1992, n. 10, GI, 1993, III, 1, 785 ss.

(135) Cfr. C. St., sez. V, 7-2-2003, n. 648, FA C. St., 2003, n. 2.

(136) Sul punto cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 14-1-2003, n. 87, FA Tar, 2003, n. 1.

(137) In tal senso C. St., sez. VI, 18-6-2002, n. 3320, FA C. St., 2002, 1503.

(138) Cfr. per tutte C. St., sez. VI, 8-4-2002, n. 1884, FA C. St., 2002, 958. Ovviamente, con peculiare riguardo alla spinosa questione dell'anonimato delle prove concorsuali, tale criterio non va inteso in senso assoluto, altrimenti non vi sarebbe spazio per la prova contraria della non riconducibilità di un elaborato ad un determinato candidato: cfr. C. St., sez. V, 1-10-2002, n. 5132, DeG, 2002, n. 36, 81 ss.

(139) In merito cfr. Croci-Pericu, «Sovvenzioni (diritto amministrativo)», in Enc. dir., Milano, XLIII, 243. Come è noto, in un'ottica di trasparenza l'art. 12 l. n. 241/1990 e succ. mod. integr. prevede la subordinazione di concessione di sovvenzioni, contributi ecc. alla predeterminazione e pubblicazione dei criteri cui l'amministrazione deve attenersi.

(140) Così testualmente Marrama, op. cit., 85. In tale ambito non si può non prendere le mosse da una preliminare considerazione di carattere storico-sistematico, che allude all'avvento dei c.d. «diritti di quarta generazione» e dello Stato sociale: il mutamento dei valori intervenuto negli ultimi anni, portando con sé un parallelo adeguarsi della normativa, impone in capo alla p.a. l'utilizzo di forme alternative di allocazione delle risorse che, seppure rispettose della trasparenza e dell'imparzialità gestionale, rispondano nondimeno in misura sempre crescente ai canoni dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa [cfr. Catalano, Cittadino e P.A.: novità (e contraddizioni) giurisprudenziali in tema di sovvenzioni pubbliche, rappresentanza senza potere e ratifica del negozio concluso dal «falsus procurator», nota a Cass. civ., 5-3-1993, n. 2681, NGCC, 1994, I, 321 ss.]. Come è noto, è già la nostra Costituzione

che, agli artt. 2, 3 e 41, si occupa del problema in un'ottica non meramente programmatica, bensì immediatamente precettiva: nelle prime due disposizioni la Carta fondamentale traccia, infatti, le finalità dell'intervento dello Stato nel tessuto economico, rimandando poi al successivo art. 41 per la predisposizione di un ruolo di finanziamento che, nel superamento del vecchio modello di Stato-interventore, edifica le nuove basi per l'intervento pubblico e la redistribuzione delle ricchezze. Inoltre, da un punto di vista strettamente ordinamentale, l'intervento della Costituzione in materia assoggetta l'intera disciplina alla riserva di legge, garanzia non trascurabile qualora vengano in conflitto, come accade in questo caso, le esigenze della concorrenza (soprattutto nell'ottica comunitaria) e della riallocazione trasparente delle risorse. Difatti, gli artt. 87 e 88, Trattato UE sono tassativi nello stabilire il divieto di aiuti di Stato, all'interno dei quali le sovvenzioni rientrano a pieno titolo, ovviamente col limite della compatibilità: conseguentemente, consentire un ricorso indiscriminato a tali forme di sovvenzionamento rischia di mettere in crisi uno dei tre pilastri sui quali si fonda il processo di integrazione europea. Comunque, sta di fatto che, nonostante le rigide preclusioni provenienti dalle istituzioni sopranazionali - per qualche interessante riferimento cfr. C. St., sez. VI, 10-10-2002, n. 5449, FA C. St., 2002, 2546 - nell'attuale momento storico, caratterizzato da lunghi periodi di stagnazione economica che trovano la loro matrice in avvenimenti politici ben noti, l'intervento dello Stato nei settori maggiormente disastrati dell'economia costituisce l'unica àncora di salvataggio capace di garantire la sopravvivenza di segmenti fondamentali e basilari dell'apparato produttivo, in assenza dei quali le ripercussioni sul piano giuridico, sociale, sindacale sono facilmente immaginabili. È evidente che, sul piano giuridico, l'universo delle sovvenzioni non risulta di facile classificazione, in quanto la logica emergenziale spesso sottesa agli interventi suddetti presta il fianco ad una produzione normativa stratificata e, per questo, di difficile coordinamento formale con la normativa previgente: il rischio di un frastagliarsi di interventi privi di una logica comune è, quindi, dietro l'angolo. Volendo abbozzare una classificazione ricostruttiva che acceda al versante strutturale, le sovvenzioni in senso stretto si caratterizzano per attribuire una somma di denaro, o altro bene avente valore economico, senza che il beneficiario non abbia alcun obbligo di restituire la somma ottenuta: cfr. sul tema G. Greco, Sovvenzioni e tutela dell'affidamento, RTDP, 2000, I, 375 ss.; Sottili, Revoca di aiuti di Stato e tutela dell'affidamento, in Dir. UE, 1998, V, 169 ss. Con lo strumento dei benefici fiscali, lo Stato concede agevolazioni in via indiretta, esonerando i beneficiari dal pagamento di una parte dei tributi. Infine, mediante la prestazione di opportune garanzie o la stipula dei contratti di mutuo, leasing o franchising a tassi agevolati, il soggetto erogante appresta una serie di attività di finanziamento agevolato che, seppure in forma meno diretta, condividono con gli strumenti suelencati la medesima finalità di incentivazione dell'attività economica: cfr. Scaglione-Caruso, Nuove tendenze nella disciplina degli aiuti di Stato nelle norme comunitarie, RiDPC, 2001, IV, 383 ss. Le ipotesi sopraindicate costituiscono complesse operazioni di redistribuzione del reddito, le quali, per non incontrare i limiti imposti dalla legislazione costituzionale e di rango primario, devono di volta in volta essere supportate dalla sussistenza di un pubblico interesse che, ergendosi a paradigma dell'intera previsione di legge, giustifichi lo spostamento di

capitali pubblici in capo a soggetti privati, mediante le forme civilistiche dell'obbligazione pubblica: cfr. Ancis, Sovvenzioni alle imprese di navigazione della Sardegna e disciplina degli aiuti di Stato, nota a C. Giust. CE, sez. VI, 19-10-2000, n. 15, DT, 2001, IV, 680 ss. Di notevole importanza sono gli strumenti di sostegno che favoriscono l'effetto redistributivo della spesa pubblica. Infatti, le politiche degli incentivi pubblici sono indirizzate su due obbiettivi fondamentali per il nostro Paese: il recupero dei differenziali di sviluppo delle aree meno sviluppate ed il sostegno alla ricerca e all'innovazione. I principali strumenti di incentivazione, su cui negli ultimi anni si è basata la politica di supporto alle imprese, sono: la l. n. 488/1992; i contratti di programma; i patti territoriali; la contrattazione programmata; i fondi unici; il Fit (fondo speciale rotativo per l'innovazione tecnologica). In tale contesto, nonostante le molteplici articolazioni operative sommariamente accennate, le insopprimibili esigenze di trasparenza da soddisfare nei singoli casi concreti si differenziano a seconda della fonte giuridica attributiva della sovvenzione in senso ampio: infatti, qualora sia direttamente la norma di legge a regolamentare le modalità di ottenimento del beneficio, disciplinando con analiticità i requisiti necessari e le eventuali clausole accessorie, secondo l'orientamento prevalente il richiedente verserebbe in una posizione di diritto soggettivo pieno (cfr. C. St., sez. VI, 9-5-2002, n. 2539, FA C. St., 2002, 1298), eventualmente condizionato dalla presenza di un eccessivo numero di richiedenti che si trovano nelle medesime condizioni, eventualità che costringe la p.a. ad operare una ripartizione dei fondi disponibili sulla base di criteri oggettivi e predeterminati. Nel caso in cui, invece, gli aspetti operativi siano demandati dalla legge all'attività della p.a., la sussistenza in capo al beneficiario di un diritto soggettivo perfetto non esclude che la stessa amministrazione, in sede di autotutela e di controllo successivo, possa revocare la sovvenzione concessa per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, con eventuali profili sanzionatori di cui al d.lg. n. 123/1998 (in particolare art. 9) ed alla normativa penale in tema di truffa, qualora ne sussistano gli estremi: cfr. Ferraro, Frodi «comunitarie»: specialità o sussidiarietà?, nota a Cass. pen, S.U., 24-1-1996, n. 2780, FI, 1996, II, 273 ss.; Mannucci, Rapporto di sussidiarietà con il reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, nota a T. Livorno, 8-3-2002, FT, 2002, I, 263 ss.; Semeraro, Osservazioni in tema di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, CP, 2001, II, 2563; Terracina, In tema di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, RP, 2000, I, 865 ss. Superate le sopraindicate fasi, il complesso equilibrio tra il principio di trasparenza e quello di efficienza ed efficacia dell'agire amministrativo viene inevitabilmente a sbilanciarsi verso quest'ultimo: infatti, le esigenze di trasparenza cedono il passo al citato principio di efficienza ed efficacia, che trova la sua realizzazione nei poteri riconosciuti alla p.a. di verificare l'andamento complessivo del mercato, ricorrendo a valutazioni comparative fra i vari soggetti beneficiari e procedendo a ricognizioni e valutazioni cronologicamente frazionate: per i connessi problemi di tutela giurisdizionale cfr. C. St., sez. VI, 29-5-2002, n. 2991, FA C. St., 2002, 1343.

(141) Secondo Laschena-Pajno, op. cit., 5, la trasparenza «non costituisce un istituto giuridico precisamente definito, ma, da una parte, è una modalità di esercizio della funzione amministrativa e, dall'altra, è un obiettivo cui lo svolgimento della funzione stessa deve tendere». Opportunamente sottolinea Villata, La trasparenza dell'azione

amministrativa, cit., 528, che la trasparenza «appare il risultato al cui raggiungimento cospirano e concorrono strumenti diversi, dalla possibilità del destinatario, o comunque di altri soggetti, di assistere al compimento dell'atto e di partecipare al procedimento amministrativo alle modalità di svolgimento della seduta dell'organo collegiale, dalla conoscibilità degli atti attraverso la configurazione di un diritto all'accesso alle varie forme di pubblicità; né certo importanza secondaria assume la stessa motivazione del provvedimento amministrativo». Inoltre, sulla trasparenza come principio ispiratore dell'intera azione amministrativa cfr. Chieppa, op. cit., 613 ss.

(142) È stato anche introdotto un procedimento giustiziale facoltativo, ma preliminare rispetto al ricorso giurisdizionale, da attivare davanti al difensore civico territorialmente competente: nei confronti degli atti statali, siano essi centrali o periferici, competente è la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, costituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Laddove si tratti di casi di diniego o di differimento per motivi inerenti ai dati personali che si riferiscono a soggetti terzi, il difensore civico o la Commissione provvederanno sentito il Garante. Sul versante del ricorso giurisdizionale (i cui termini rimangono sospesi in caso di pendenza del procedimento giustiziale di fronte al difensore civico o alla Commissione), il principio di trasparenza trova un'importante estrinsecazione nella previsione normativa secondo cui, in caso di giudizio, il ricorso per l'accesso a documenti necessari nell'ambito del giudizio stesso possa essere proposto con istanza al Presidente, previa notifica all'amministrazione e ai controinteressati, e decisa con ordinanza istruttoria in camera di consiglio. Ove il diritto di accesso, invece, sia correlato alla materia del contendere, non occorrerà esperire un nuovo ricorso giurisdizionale, con oggetto il diniego o il differimento dell'accesso, ma sarà sufficiente un'istanza al Presidente che si inserisce nel processo già attivato. Ad una evidente logica acceleratoria è ispirato, poi, l'art. 25, co. 5 bis, secondo cui le parti, nei giudizi in materia di accesso, possono stare in giudizio personalmente. Analoga agevolazione è prevista anche per le amministrazioni, che possono essere rappresentate e difese da un proprio dirigente.

In definitiva, come si può evincere anche dalle ulteriori modifiche che di seguito saranno accennate, lo schematismo inaugurato dal legislatore del 2005, il quale ha edificato un sistema normativo teso ad un tentativo di parziale codificazione del diritto amministrativo sostanziale, non può che essere salutato con favore (cfr. sul punto Romano Tassone, Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/90, www.giustamm.it, 2), tanto più a fronte di un atteggiamento giurisprudenziale caratterizzato da soluzioni non sempre generalmente condivise e da un notevole frastagliarsi delle opzioni interpretative.

(143) Cfr. per un interessante caso giurisprudenziale C. Conti reg. Lazio, sez. giurisd., 2-8-2001, n. 3006, RCC, 2001, n. 4, 158 (s.m.).

(144) Ioly-Zampa, Lo stato di attuazione della normativa sugli Urp. Funzioni, formazione, intervento sull'organizzazione, Quad. min. fin., 1996, 45.

(145) Per una panoramica esemplificativa cfr. De Benedetto, Gli Uffici per le relazioni con il pubblico del Ministero delle finanze - Funzioni, formazione, intervento sull'organizzazione, Quad. min. fin., 1996, 32.

(146) Sul quale cfr. Scoca, Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della Pubblica Amministrazione, Relazione all'assemblea annuale dell'Associazione italiana dei Professori di diritto amministrativo, Napoli 7-10-2004, 22.

(147) In merito cfr. Torchia, Tendenze recenti della semplificazione amministrativa, DAmm, 1998, 403; Id., La modernizzazione del sistema amministrativo: semplificazione e decentramento, R, 1997, 334 ss.; Vesperini, La semplificazione del procedimento amministrativo, RTDP, 1998, 655; Cerulli Irelli-Luciani, La semplificazione dell'azione amministrativa, DAmm, 2000, 617; Cierco Seria, La simplificacion de los procedimientos administrativos en Italia, Rev. ad. pub., 2000, 385; Vandelli-Gardini, La semplificazione amministrativa, Rimini, 1999.

(148) Casentino-Frasca, Lo Sportello Unico per le attività produttive, Milano, 2001.

(149) Papadia, Problematiche per la costituzione dello «sportello unico per le attività produttive», CIt, 1999, 299 ss.

(150) Ferrara, Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?, DS, 2000, I, 101.

(151) Cammelli, Le riforme amministrative alla prova: lo sportello unico per le attività produttive, a cura di Gardini-Piperata, Torino, 2002, 1, riconduce tale istituto tra le «riforme amministrative messe a punto per adeguare l'amministrazione al risultato». In effetti, lo sportello unico, inizialmente concepito solo per l'insediamento di impianti produttivi, è stato capace di estendersi ad altre funzioni, assurgendo a modello organizzatorio di carattere generale: ciò è provato dal suo progressivo estendersi ad altri settori quali l'edilizia ed il turismo.

(152) Cfr., infatti, C. Conti, sez. contr., 2-9-1997, n. 121, RCC, 1997, n. 5, 2 ss.

(153) Cfr. Italia, Diritto amministrativo, Milano, 2002.

(154) Cfr. Paleologo, «Organizzazione amministrativa», in Enc. dir., Milano, XXXI, 135.

(155) Torchia, Lo sportello unico per le attività produttive, GDAm, 1999, II, 109.

(156) Cfr. Casentino-Frasca, Conferenza di servizi e sportello unico per le attività produttive, Milano, 1999.

(157) Brancadori-Del Moro (a cura di), L'istituzione dello sportello unico per le attività produttive, CIt, 1999, 1065.

(158) De Benetti, Conferimento di funzioni e compiti amministrativi ai Comuni e sportello unico per le attività produttive: un impegnativo «accentramento» nel decentramento, DR, 2000, 97 ss.

(159) Sul punto cfr. De Leonardis, Soggettività privata e azione amministrativa, Padova, 2001.

(160) Con sent. 26-6-2001, n. 206, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima la lett. f) indicata nel testo «nella parte in cui prevede che, ove la conferenza di servizi registri un accordo sulla variazione dello strumento

urbanistico la determinazione costituisce proposta di variante sulla quale si pronuncia definitivamente il consiglio comunale, anche quando vi sia il dissenso della regione».

(161) Sticchi Damiani-De Giorgi Cezzi, Localizzazione di insediamenti produttivi e semplificazione amministrativa, in Lo sportello unico per le imprese, Milano, 1999.

(162) Castellazzi, Brevi note in tema di sportello unico per le attività produttive e responsabile del procedimento, DEc, 2002, II, 93.

(163) Sul punto cfr. Ilardi, Prime osservazioni sullo «sportello unico» e sulla promozione delle attività produttive, GM, 2000, 468.

(164) Cfr. Matarazzo, Le finalità della legge n. 241 del 1990; gli accordi previsti dall'art. 11 e la conferenza di servizi, NR, 1995, III, 687 ss.

(165) Per una analisi numerica dell'impatto della disciplina cfr. Susanna, Analisi sullo stato di attuazione dello sportello unico per le attività produttive, CIt, 2000, 61.

(166) Per una interessante pronuncia giurisprudenziale cfr. Martinetti, Lo sportello unico per le attività produttive: gli aspetti urbanistici ed edilizi, nota a C. Cost., 26-6-2001, n. 206, RGUrb, 2002, 470.

(167) Sui problemi di coordinamento fra diversi enti cfr. Corletto, Lo sportello unico per l'edilizia fra Governo, regioni e comuni, RGUrb, 2001, I, 539.

(168) Barel, La semplificazione amministrativa in urbanistica e lo sportello unico per le imprese, DR, 2000, I, 681.

(169) Carbone, Il nuovo testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari sull'edilizia, CorG, 2002, 7 ss.

(170) Damonte, Aspetti urbanistici della «procedura dello sportello unico per le attività produttive» ai sensi del d.p.r. 20-10-1998, n. 447, RGE, 2000, II, 50.

(171) C. St., sez. IV, 20-9-2005, n. 4836, www.lexitalia.it, afferma icasticamente che la finalità della regola procedimentale di cui all'art. 7 l. n. 241/1990 e succ. mod. integr. «dev'essere, in particolare, individuata nell'esigenza di assicurare piena visibilità all'azione amministrativa nel momento della sua formazione e di garantire al contempo la partecipazione del destinatario dell'atto finale alla fase istruttoria preordinata alla sua adozione»: conseguentemente, la verifica della sussistenza del relativo vizio non va compiuta con esclusivo e rigido riferimento all'adempimento formale della notifica all'interessato dell'avviso ex art. 7 cit., ma con effettivo riferimento alla realizzazione sostanziale degli interessi sottesi.

(172) Infatti, nell'attuale momento dell'esperienza giuridica, è affermazione comune che i rapporti fra il privato e la p.a. - come indicato in precedenza - non siano più connotati in termini di superiorità gerarchica, ma di leale collaborazione, se non di paritarietà: cfr. sul tema Fracchia, Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo, DAmm, 1996, I, 11; Festa, Il «vero» volto della riforma del procedimento amministrativo attuato ai sensi della l. 7-8-1990, n. 241, TAR, 1993, II, 39; Virga, La partecipazione al procedimento amministrativo, Milano, 1998.

(173) Rileva Ferrara, Il procedimento amministrativo visto dal «terzo», in Principio di legalità e amministrazione di risultati, a cura di Immordino-Police, Torino, 2004, 246, che il principio del giusto procedimento, pur se non costituzionalizzato all'interno del novellato art. 111 Cost., finisce col rappresentare un fondamentale e

insuperabile principio di civiltà giuridica, che ispira tutta l'attività della p.a. L'A. sottolinea (op. cit., 253) che fondamentale angolo di osservazione è la legge che disciplina il procedimento amministrativo tedesco del 25-5-1976, la quale tende a conciliare obiettivi garantisti e celerità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, ossia del risultato. Espressione dei principi di accelerazione ed economicità è la regola generale di informalità di cui al par. 10, mentre si configurano come norme di garanzia i parr. 10 e ss., i quali non solo disciplinano la capacità di essere parte (par. 13), ma delineano anche sia la figura di parte del procedimento amministrativo sia quella di «terzo»: se, pertanto, in un dato procedimento, «richiedente» sarà colui che ha determinato l'avvio della procedura col suo impulso di parte e «opponente» colui che è controinteressato, «terzo» sarà colui col quale l'amministrazione procedente abbia già stipulato, in precedenza, un contratto di diritto pubblico, la cui regolazione negoziale di interessi può essere toccata dalla nuova sequenza procedimentale. Evidenza l'A. (ivi, 256-257) che la posizione di terzo viene descritta nella legge tedesca secondo una sequenza discendente: chi ha già un rapporto di diritto pubblico con l'amministrazione procedente; chi può comunque vantare un interesse giuridico tutelato; colui nei cui confronti il procedimento può dispiegare comunque i suoi effetti e che pertanto deve essere obbligatoriamente informato. Corollari alle qualifiche di parti del procedimento sono le norme concernenti la rappresentanza e l'audizione della parti stesse. L'audizione dovrà essere disposta nei confronti di qualsivoglia parte qualora il provvedimento che si sta assumendo sia in grado di interferire con un suo diritto, onde consentirle di pronunciarsi sui fatti rilevanti ai fini della decisione.

(174) Cfr. Travi, Interessi procedimentali e «pretese partecipative»: un dibattito aperto, DPb, 1997, II, 531; Sciullo, Il fastidio della partecipazione, nota a sent. C. St., sez. IV, 6-3-1989 n. 148, RGUrb, 1989, 463 ss.; Caranta-Ferraris, La partecipazione al procedimento amministrativo, Milano, 1999; Contaldo, Gli interessi diffusi: legittimazione attiva al procedimento amministrativo ma non al processo, nota a T.A.R. Umbria, 19-8-1996, n. 304, GM, 1997, II, 367; Andreani, Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella legge n. 241 del 1990, DPrA, 1992, 655; Tedeschini, «Procedimento amministrativo», in Enc. dir., Agg., III, Milano, 1999, 872; Sepe, Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo, RTDP, 1992, 331; Ariolli, La partecipazione delle associazioni ambientaliste al procedimento amministrativo, ai sensi della legge n. 241 del 1990, DGA, 1993, II, 397 ss.; Caianiello, La parità fra le parti nel procedimento amministrativo, FA, 1996, I, 2785 ss.

(175) In merito cfr. Saitta, Interrogativi sul cosiddetto divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa «economica» tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria, DS, 2001, II, 491; D'Agostino, Il procedimento tra struttura e funzione, RCC, 1992, n. 3, 250; Duni, Il procedimento amministrativo tra l. 7-8-1990 n. 241 ed introduzione dell'amministrazione telematica, FA, 1995, II, 226; Occhiena, Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo, Milano, 2002.

(176) Ferrara, Il procedimento amministrativo visto dal «terzo», cit., 258-259, rileva che il diritto comunitario, quello tedesco e la nostra «legge breve» sul procedimento

amministrativo si caratterizzano per un atteggiamento bivalente tra misure di apertura della macchina politico-amministrativa alla partecipazione dei privati e la predisposizione di clausole di chiusura del sistema di formazione delle decisioni collettive, in vista del primato dell'interesse pubblico su quello privato: la l. n. 241/1990 si propone di mediare tra le due opposte esigenze con esiti talora encomiabili, talaltra insoddisfacenti.

(177) Nell'ambito in esame si sono posti ulteriori problemi interpretativi in ordine alla posizione giuridica di cui è titolare il soggetto destinatario della comunicazione di avvio.

Un primo orientamento ha ritenuto di riscontrare in capo al partecipante una posizione di interesse legittimo, sebbene il legislatore faccia uso, nell'art. 10 l. n. 241/1990 e successive modifiche, del termine «diritto»: si tratterebbe, secondo costoro, di un evidente caso di atecnicismo del legislatore, non potendo altrimenti dubitarsi che il riconoscimento delle istanze partecipative, in quanto mediato dalla comunicazione di avvio, si atteggi quale interesse legittimo a cagione dell'ampio ventaglio di analoghe situazioni previste dalla legge (presentazione di memorie e documenti, ecc.).

Un secondo indirizzo interpretativo arriva, invece, alla conclusione che per il privato sussiste una vera e propria situazione di diritto soggettivo pieno, a nulla rilevando la circostanza che egli, avvalendosi delle facoltà previste nell'ambito della l. n. 241 cit., rimanga pur sempre all'interno di un procedimento amministrativo già avviato, nel quale la posizione di supremazia dell'amministrazione resta comunque inalterata. Tale ricostruzione, seppure in linea con la lettera della legge, porta però con sé il grave inconveniente di cagionare una illogica e dispendiosa duplicazione delle tutele, dal momento che le eventuali violazioni dell'obbligo di invio della comunicazione ex art. 7 cit. sarebbero sindacabili dal giudice ordinario, mentre l'illegittimità del provvedimento conclusivo rimarrebbe affidata alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Una tesi dottrinale intermedia, in una prospettiva di superamento dei punti critici delle ricostruzioni appena riportate, ha, infine, coniato la categoria ad hoc degli interessi partecipativi, quali interessi sui generis più ampi degli interessi legittimi. In buona sostanza, si è operata una scissione netta fra l'interesse a partecipare al procedimento amministrativo, che compete non solo ai portatori di un interesse legittimo «secco» (giusta l'elencazione aperta dell'art. 7), ed interesse alla tutela giurisdizionale, riconosciuta, invece, ai soli portatori dell'interesse legittimo.

(178) Cerulli Irelli, Corso di diritto amministrativo, Torino, 1997, 432 ss.

(179) A. M. Sandulli, Manuale, cit., 578 ss.

(180) Rileva Proietti, Preavviso di rigetto: conquista di civiltà. Non è un adempimento formale, ma elemento di trasparenza, DeG, 2005, 108, che la comunicazione di avvio del procedimento ed il preavviso di rigetto «sottintendono esigenze contrapposte: da una parte, l'interesse alla tempestività, all'efficienza e all'economicità dell'azione amministrativa; dall'altra, l'interesse alla trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione».

(181) Sabatini, Profili di rilevanza giuridica del procedimento amministrativo anche in relazione al controllo di legittimità esercitato dalla Corte dei conti, FA, 1997, II, 2938; Trimarchi Banfi, Diritti, poteri e responsabilità nelle recenti riforme di alcuni procedimenti amministrativi, DPb, 1999, n. 188, 823 ss. Più in generale, Ferrara, Il procedimento amministrativo visto dal «terzo», cit., 259, rileva che in assenza di una precipua disciplina sul ruolo e sulla collocazione delle parti, l'art. 7 l. cit. rovescia il problema: sono parti necessarie di un dato procedimento quei soggetti ai quali deve essere data notizia dell'avvio della procedura, con le ovvie differenze normative a seconda che essa sia stata instaurata su impulso di ufficio o di parte.

(182) Cfr. C. St., sez. V, 22-5-2001, n. 2823, www.lexitalia.it, che individua analiticamente tutte le cause che possono rendere non necessaria la comunicazione di inizio del procedimento. In ordine alla necessità della comunicazione ex art. 7 anche per i procedimenti relativi all'adozione di atti vincolati e di provvedimenti di autotutela, cfr. C. Giust. Amm., sez. giur., 20-1-2003, n. 1, ivi. Secondo Cass. civ., 7-8-2001, n. 10898, ivi, la comunicazione di inizio del procedimento è necessaria anche nel caso di atti vincolati, a meno che non sussistano particolari esigenze di celerità del procedimento. Evidenzia C. St., sez. IV, 12-3-2001, n. 1381, ivi, che non necessita la comunicazione di avvio nel caso di procedimenti iniziati ad istanza di parte o di atti vincolati. In ordine, comunque, alla necessità della comunicazione di avvio del procedimento anche nel caso di procedimenti diretti all'adozione di atti vincolati (come nell'ipotesi di ordinanza di demolizione di opere abusive) ed in ordine ai presupposti per l'applicazione dell'art. 21 octies, cfr. T.A.R. Campania, sez. II, 29-4-2005, n. 5226.

(183) L'avviso di inizio del procedimento, salvo le eccezioni tassativamente previste dalla legge, deve essere inviato in ogni circostanza: qualche dubbio si è posto - ma oggi ormai superato - per i soli procedimenti favorevoli al privato e per i procedimenti conclusi mediante il silenzio assenso. Nella prima ipotesi, si è fatto affidamento sul rilievo che la comunicazione ex art. 7 mantiene in ogni caso una efficacia riflessa, riscontratasi nella comunicazione all'interessato dell'ufficio procedente, del soggetto responsabile del procedimento, della possibilità di prendere visione degli atti e, soprattutto, nella facoltà riconosciuta ai terzi di esplicare in tal modo il legittimo controllo sui provvedimenti ampliativi della sfera giuridica altrui. L'esempio più ovvio è quello dell'odierno permesso di costruire, che nell'attribuire un ampliamento delle facoltà edificatorie al richiedente potrebbe, tuttavia, ingenerare pregiudizi in capo ad altri soggetti, come i proprietari dei fondi confinanti: cfr. Caringella, Nel procedimento di concessione edilizia non ricorrono terzi controinteressati destinatari dell'obbligo di comunicazione dell'avvio, nota a C. St., sez. VI, 15-9-1999, n. 1197, UA, 1999, n. 8, 1209 ss.; Damonte, La plenaria chiarisce i rapporti tra la l. n. 241 del 1990 e il procedimento espropriativo, nota a C. St., Ad. Plen., 15-9-1999, n. 14; C. St., sez. IV, 30-4-1999, n. 753, UA, 1999, n. 8, 1203; Verzaro, Il principio del «giusto procedimento» nelle procedure di esproprio, nota a C. St., Ad. Plen., 15-9-1999, n. 14, GI, 2000, n. 3-4, 413. Nella seconda ipotesi, invece, si è posto l'accento sulla ineludibile esigenza di tutelare la sfera giuridica dei terzi, in maniera particolare qualora l'amministrazione decida di adottare un provvedimento formale senza ricorrere alla fictio iuris del silenzio che si trasforma in atto amministrativo: cfr. Corpaci, La

comunicazione dell'avvio del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisdizionali, R, 1994, n. 3, 303; Mercati, La comunicazione dell'avvio del procedimento: primi passi verso la partecipazione procedimentale in tema di contratti della p.a., nota a T.A.R. Umbria, 15-12-1993 n. 492, RGU, 1994, n. 3, 234.

(184) Sul punto la giurisprudenza ha spesso chiarito che le uniche cause che permettono agli interessati di essere esclusi dalla comunicazione di avvio devono ricondursi alle esigenze di celerità dell'azione, esigenze assolutamente presenti, ad esempio, nei provvedimenti elettorali: in merito cfr. Leonardi, La comunicazione di avvio del procedimento amministrativo nelle pronunce giurisprudenziali, FA Tar, 2002, II, 785. È stato, inoltre, rilevato che non vi è alcuna previsione di illegittimità, anche più tenue, per la mancata comunicazione a coloro i quali abbiano un rapporto più laterale e distante con la procedura: la norma, infatti, non distingue tra «parte» e «parte», soggetto e soggetto, con le diverse conseguenze sul piano della comunicazione e della pubblicità. In questo contesto nessun dubbio può esistere circa la legittimazione procedimentale di colui al quale il provvedimento è indirizzato. Perplessità, invece, sussistono riguardo a quei soggetti diversi dai destinatari dell'atto «individuati o facilmente individuabili», cui la p.a. è comunque tenuta a dare notizia dell'avvio del procedimento: in questo senso Ferrara, Il procedimento amministrativo visto dal «terzo», cit., 262-263, secondo cui, inoltre, in questo ambito si manifestano le analogie tra le categorie processualistiche e quelle sostanzial-procedimentali, come evidenziato dalle teorie favorevoli all'integrazione tra procedimento e processo. L'A., comunque, sottolinea che non può esserci osmosi e contiguità tra le previe legittimazioni procedimentali e le successive ed eventuali legittimazioni processuali, delle quali è il giudice il dominus assoluto: in tale contesto è l'interesse procedimentale a rappresentare, pertanto, la condizione minima su cui fondare la qualità di parte, ossia di terzo nel procedimento amministrativo. D'altra parte l'ingresso nel procedimento amministrativo dei portatori di interessi diffusi e dei rappresentanti di interessi pubblici e privati - senza obbligo di previo avviso - evidenzia una complessità di situazioni giuridiche soggettive alle quali occorre assicurare forme di visibilità del procedimento amministrativo: fattore di legittimazione procedimentale, perciò, sarà l'eventuale pregiudizio che può derivare ad opera del provvedimento da assumere, il che rinvia al criterio di legittimazione focalizzato dall'art. 7 l. n. 241/1990 (ivi, 264).

(185) Dottrina e giurisprudenza spesso si sono chieste se la comunicazione dell'avvio del procedimento fosse necessaria e obbligatoria, perché correlata ad esigenze di trasparenza e garanzia dei destinatari, o comunque potesse cedere (o, al limite, essere contemperata) di fronte ad esigenze di diversa natura: sul punto cfr. Di Nitto, La partecipazione al procedimento amministrativo, RTDP, 1999, III, 71 ss.

(186) Cfr. Russo, A che serve la comunicazione d'avvio del procedimento amministrativo, nota a sent. C. St., sez. V, 9-10-1997, n. 1131, FA, 1997, II, 2725.

(187) In tal senso cfr. C. St., sez. V, 18-11-2002, n. 6389.

(188) Sul principio processualistico del «raggiungimento dello scopo» cfr. Bacosi-Lemetre, La legge 15 del 2005: ecco il nuovo volto della 241, www.giustizia-amministrativa.it, 1 ss. Quanto, poi, alle ipotesi individuate dalla giurisprudenza nelle quali l'atto, seppure viziato, non è da considerare invalido cfr. Olivieri, L'irregolarità

del provvedimento amministrativo nell'articolo 21 octies, comma 2, della legge 241/90, novellata, www.giustamm.it, 3; Proietti, Nasce l'atto viziato «non annullabile». Quando la sostanza prevale sulla forma, DeG, 2005, 76 ss.

(189) In merito cfr. anche le modifiche apportate dalla l. n. 15/2005 - su cui v. infra - che all'art. 14 ha introdotto nella l. n. 241/1990 l'art. 21 octies.

(190) Cfr. C. St., sez. IV, n. 5846/2003; C. St., sez. V, n. 3969/2003; C. St., sez. V, n. 1357/2003; C. St., sez. IV, n. 5003/2002; C. St., sez. IV, n. 999/1996 e C. St., sez. IV, n. 3/1996. Anche secondo T.A.R. Sicilia, Palermo, I, n. 466/2004 la mancata comunicazione di avvio non vizia l'atto conclusivo, qualora la partecipazione dell'interessato non avrebbe potuto, comunque, apportare elementi di valutazione eventualmente idonei ad incidere, in termini a lui favorevoli, sul provvedimento finale. Rileva Cerulli Irelli, Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 - 5a puntata, www.giustamm.it, 12, che l'espressa previsione dell'irrilevanza - ai fini dell'annullabilità dell'atto - della mancata comunicazione dell'avvio del relativo procedimento «rende ancor più debole l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, di cui all'art. 7, già indebolito dalla nota giurisprudenza che si è ricordata (obbligo a cui le amministrazioni sono notoriamente restie ad ottemperare). Si può anche osservare criticamente, che questo ulteriore indebolimento dell'importante norma garantistica si adatta poco all'impostazione dichiaratamente garantistica cui la legge è generalmente ispirata». Più in generale cfr. Castrignanò, La comunicazione di avvio del procedimento: un punto fermo?, nota a T.A.R. Toscana, sez. III, 25-7-2001, n. 1247, FT, 2001, II, 298 ss.

(191) Contrasta con questo orientamento C. St., sez. V, 15-3-2004, n. 1272, DeG, 2004, n. 17, 68 ss.

(192) C. St., sez. V, 3-7-2003, n. 3969, CS, 2003, 3396 ss.; C. St., sez. V, 17-3-2003, n. 1357; Cass. civ., S.U., 1-4-2000, n. 82.

(193) Afferma Satta, La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità, www.giustamm.it, 2, che «le norme più singolari ed in qualche punto stravaganti» introdotte dalla legge di riforma della l. n. 241/1990, sono sicuramente quelle contenute all'interno del capo IV bis (artt. da 21 bis a 21 nonies). Un grave aspetto della novella riguarda le conseguenze della nullità, in quanto la legge non dice se i provvedimenti affetti da nullità debbono essere impugnati di fronte al giudice amministrativo od ordinario, oppure se debbano essere oggetto di disapplicazione. Inoltre, la novella precisa che le questioni di nullità dipendenti dalla violazione o dall'elusione del giudicato sono devolute alla giurisdizione esclusiva: questa rappresenta, ad avviso dell'A., una disposizione gravissima, in quanto «se i provvedimenti sono nulli quando violano o eludono il giudicato, e devono essere impugnati in sede di giurisdizione esclusiva, questo significa che è stato cancellato il giudizio di ottemperanza ex art. 27, n. 4, t.u. C. Stato, per il quale era data la giurisdizione di merito, con i ben noti, vastissimi poteri che aveva il giudice amministrativo». In questo modo è stato menomato uno dei più importanti strumenti per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (ivi, 3).

(194) Con sent. n. 3124/2005 della IV sez. del C. St. è stato escluso il preavviso procedimentale ex artt. 7 e 8 l. n. 241/1990 e succ. mod. integr. in relazione ai

procedimenti avviati ad istanza di parte o, comunque, nei quali i privati interessati abbiano avuto modo di interloquire adeguatamente, anche per effetto del disposto di cui all'art. 21 octies cit. Il T.A.R. Campania, con sent. n. 3780/2005, ha escluso che tale norma potesse far riferimento anche al vizio di incompetenza: tale vizio, alla luce della nuova disciplina legislativa, non rientra tra quelli relativi alle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, sicché deve essere annullato il provvedimento viziato da incompetenza anche se si tratta di atto vincolato il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (ed impugnato). Inoltre, C. St., sez. IV, 20-9-2005, n. 4836, cit., ha ritenuto l'inapplicabilità dell'art. 21 octies nel caso in cui la stessa p.a. abbia riconosciuto implicitamente la necessità della comunicazione di avvio del procedimento.

(195) Secondo T.A.R. Veneto, sez. III, 11-3-2005, n. 935, visto che «in forza della acclarata natura vincolata del provvedimento e del fatto che il contenuto del provvedimento stesso "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato" (...) gli altri motivi dedotti, seppur astrattamente fondati, devono però ritenersi irrilevanti alla luce dell'art. 21 octies, 2° co., dell'art. 14 l. 11-2-2005, n. 15 (entrata in vigore l'8-3-2005)». In ordine a tale disposizione normativa Alesio, Annullamento degli atti illegittimi: arrivano le regole ma i dubbi restano, DeG, 2005, 70-71, rileva che «sembra quasi un "giro di parole", aggravato dal fatto che la disposizione sembra dare per risolta anche un'altra grossa questione: quella relativa alla difficoltà di reperire una chiara linea di demarcazione fra attività discrezionale ed attività vincolata». In effetti, ad avviso dell'A. si pone un delicato problema, in quanto - secondo la norma in esame - deve apparire in modo palese che il contenuto dispositivo di un atto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato: «l'attribuzione di tale potere di valutazione al giudice, infatti, sembra comportare un pericoloso scivolamento del giudizio di legittimità verso il merito amministrativo. In altri termini, appare chiaro (anzi... palese) che il giudice, per poter dare tale giudizio, deve necessariamente scendere a un esame estremamente approfondito della questione fattuale sottesa, lambendo pienamente il merito della medesima, e dando pericolosamente luogo a valutazioni (di merito), che si sostituiscono a quelle effettuate dall'Autorità pubblica di amministrazione attiva». Lo stesso A. (ivi, 74-75) evidenzia le differenze tra l'ipotesi in esame (artt. 21 octies e 21 nonies) e l'altra ipotesi generale di annullamento d'ufficio di cui all'art. 1, 136° co., l. n. 311/2004 (legge finanziaria per il 2005). In merito cfr. anche F. Minniti-M. Minniti, Gli atti, i procedimenti, la trasparenza: ecco cosa cambia con la riforma, DeG, 2005, 65 ss.

(196) Secondo Follieri, La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte costituzionale 6.7.2004 n. 204 e dell'art. 21 octies della l. 7.8.1990 n. 241, www.giustamm.it, 4, «la considerazione immediata che suggerisce la lettura della norma è che non ogni violazione di legge determini l'annullamento dell'atto amministrativo e che potrebbe anche significare che l'amministrazione sia assolta dal rispetto del principio di legalità nelle ipotesi previste dal 2° co. dell'art. 21 octies l. n. 241/1990 o, quanto meno, dall'annullamento»: ciò significa che, dal punto di vista del cittadino, non ogni violazione di legge posta in essere dalla p.a. può permettere al cittadino stesso di ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo della sua

situazione giuridica soggettiva attiva. L'A. rileva anche che la norma di cui all'art. 21 octies «è dettata per far salva la soluzione scelta dalla pubblica amministrazione, a prescindere dalla corretta e diversa soluzione sul piano dell'assetto degli interessi pubblici perché tale assetto assume rilievo solo se può portare ad un contenuto dispositivo favorevole al ricorrente. In altri termini, è prevalente non la cura degli interessi pubblici presenti nella concreta fattispecie, ma l'obiettivo, il risultato che l'amministrazione ha voluto conseguire e che può essere messo in discussione per la violazione delle regole formali e sul procedimento, solo qualora possa giungersi ad un diverso assetto del rapporto che soddisfi l'interesse del ricorrente» (ivi, 9).

(197) Relativamente alla disposizione normativa indicata nel testo, Follieri, op. ult. cit., 3 ss., ritiene che essa presenti forti profili di illegittimità costituzionale. L'A. rileva, tra l'altro, che l'annullamento, anche per soli vizi formali, è in grado di tutelare efficacemente l'interesse legittimo oppositivo, anche se l'amministrazione può ripetere il provvedimento impugnato con lo stesso contenuto: in buona sostanza, l'annullamento dell'atto non costituisce una tutela fittizia ma effettiva, pur se sussistono vizi formali o procedimentali che non incidono sul contenuto del provvedimento vincolato, qualora sia un interesse legittimo oppositivo ad essere fatto valere in giudizio. Conseguentemente, sottolinea l'A., il 2° co. del citato art. 21 octies limita la tutela contro gli atti della p.a., escludendo che il titolare della situazione giuridica soggettiva possa ottenere l'annullamento dell'atto, malgrado sia stato adottato in violazione di legge, la quale - come confermato dal 1° co. dell'art. 21 octies l. cit. - costituisce (unitamente, come è noto, all'incompetenza e all'eccesso di potere) un vizio rilevante ai fini dell'annullamento del provvedimento.

(198) Sul punto è critico Alesio, Annullamento degli atti illegittimi: arrivano le regole ma i dubbi restano, cit., 72-73, in quanto la norma richiamata nel testo svilirebbe l'istituto partecipativo, senza evidenti utilità. «La pubblica amministrazione, in altri termini, dovrà dimostrare che bene poteva fare a meno della collaborazione del privato interessato, pur ignorando che cosa il privato (di utile o meno) avrebbe potuto esprimere. In questo vi è un paradosso: la amministrazione dovrebbe dare per conosciute delle acquisizioni di fatti e giudizi, provenienti dal privato, invero mai conosciute. Tant'è... Se è evidente che la disposizione potenzia la partecipazione, come può essere giustificata la deroga al principio di annullabilità per mancata comunicazione di avvio?». In merito, secondo l'A., sussisterebbe una sorta di probatio diabolica, poiché la p.a. dovrà comprovare quello che non ha ritenuto necessario acquisire in conoscenza. Sul punto cfr. anche Fracchia-Occhiena, Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve, www.giustamm.it, 1 ss.

(199) In merito si rinvia alle riflessioni critiche di Galletta, Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della l. n. 241/90, www.giustamm.it, 4 ss. Secondo Alesio, Annullabilità degli atti illegittimi, cit., 71, la trasposizione della norma straniera nell'ordinamento nazionale deve ritenersi non solo non convincente, ma anche pericolosa, perché è diverso - rispetto al nostro - il sistema di giustizia amministrativa in Germania: infatti, tale sistema giurisdizionale da un lato consente al giudice di sostituire la propria valutazione ed il proprio provvedimento a quello dell'amministrazione, dall'altro lato prevede la necessità di un previo ricorso

amministrativo, nel senso che non è possibile adire il giudice senza aver dato luogo a un procedimento giustiziale, in cui la p.a. provvede ad ovviare ai propri errori. Tutto questo determina che di norma l'amministrazione sana il vizio procedimentale o di forma già in sede di ricorso amministrativo, diversamente da quanto accade nel nostro ordinamento nazionale: conseguentemente, l'introduzione di tale disposizione è - secondo l'A. -, oltre che acritica, fonte di non convincenti sviluppi. Per i dovuti approfondimenti si rinvia a anche Fracchia-Occhiena, op. loc. ult. cit.

(200) In tal senso Romano Tassone, op. cit., 7, secondo cui una conferma della tesi indicata nel testo può trovarsi nella successiva disposizione sull'annullamento d'ufficio, che disciplina tutti (senza alcuna eccezione) i casi di cui al precedente articolo. Conseguentemente, la novella legislativa non determina «alcuna eccezione alla qualificazione sostanziale del provvedimento non conforme a legge, che è e rimane invalido, ma opera sul piano degli istituti di sanatoria, potenziando e razionalizzando un'ipotesi generale già presente nel nostro ordinamento: la c.d. "regola del raggiungimento dello scopo", cui attribuisce però un significato più ampio di quello tradizionale. Lo scopo di cui è questione, infatti, non è più quello dell'atto procedimentale o della formalità omessi o irregolarmente compiuti, bensì lo scopo generale dell'azione amministrativa complessivamente considerata: pervenire ad una decisione provvedimentale intrinsecamente legittima». Si tratta di un fenomeno per nulla sconosciuto al nostro ordinamento: infatti, la giurisprudenza amministrativa ne fa uso, ad esempio, per negare l'interesse a ricorrere in tutti i casi in cui il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione differente rispetto a quello già adottata in concreto. Tuttavia, in tale contesto - rileva l'A. - si opera necessariamente in maniera asimmetrica, e cioè nei confronti del solo titolare di interessi c.d. pretesivi, e non nei confronti di chi abbia interessi oppositivi: la soluzione sopra indicata consente di superare questa distonia. In merito è fortemente critico Satta, op. cit., 4, che afferma: «Il disordine è profondo. Gli atti vincolati non possono essere annullati quando sia palese che il loro contenuto non poteva esser altro che quello avuto; per gli atti discrezionali non ha rilevanza la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento - cioè niente meno che la mancata instaurazione del contraddittorio! - se l'amministrazione dimostra in giudizio che il loro contenuto non poteva essere diverso da quello in concreto avuto. Che cosa significa "qualora sia palese"? Palese a chi? Gli atti vincolati difficilmente ricadono nella giurisdizione amministrativa; chi altro li annulla? La stessa amministrazione? E se anche si dimostrasse in giudizio che altro provvedimento non si sarebbe potuto assumere, è forse questo motivo sufficiente per consentire all'amministrazione di ignorare una delle disposizioni più importanti di tutto il diritto pubblico, quella che garantisce il diritto di difesa in sede di formazione delle valutazioni discrezionali, prima dell'adozione del provvedimento?». Tuttavia, non si può non rilevare che nell'esperienza tedesca, dove già esiste da quasi 30 anni un'analoga norma, non si sono posti problemi particolari e non vi è stato alcun significativo spostamento degli esiti processuali a favore della p.a. Anche Montedoro, Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione, www.giustamm.it, 25, esclude che la sopraindicata norma sia squilibrata e lesiva del diritto di difesa.

(201) Secondo C. St., sez. V, 22-5-2001, n. 2823, non è necessaria la comunicazione in caso di procedimenti vincolati per i quali i presupposti di fatto risultino incontestati dalle parti e il quadro normativo di riferimento sia sostanzialmente certo e l'eventuale annullamento del provvedimento, in ogni caso, non consumerebbe il potere di riprovvedere da parte della p.a. Inoltre, è stato statuito che l'omessa comunicazione non inficia la validità dell'atto nel caso di procedimento attivato su iniziativa dell'interessato, come tale a conoscenza dell'inizio del procedimento: cfr. C. St., sez. IV, 12-3-2001, n. 1381; C. Giust. Amm. Sic., 22-7-1998, n. 447; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 13-2-1998, n. 543; C. St., sez. V, 13-1-1998, n. 65. La stessa soluzione è stata adottata nel caso in cui, come nell'ipotesi dell'espropriazione, una normativa ad hoc detti già adeguate normative garantistiche: T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 12-12-1998, n. 156. In dottrina cfr. Tenca, Comunicazione di avvio del procedimento ed attività vincolata della pubblica amministrazione, FA, 2001, II, 2242; Valla, Comunicazione di avvio del procedimento e atti vincolati: dalla giurisprudenza alle disposizioni legislative, nota a C. St., sez. V, 23-2-2000 n. 948, UA, 2000, n. 3-4, 1237 ss.

(202) L'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento - analogamente all'obbligo di motivazione, di valutare memorie e documenti presentati dai soggetti legittimati, di consentire l'accesso agli atti del procedimento non riservati, ecc. - rientra, come sottolinea opportunamente Immordino, Certezza del diritto e amministrazione di risultato, in Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 27, tra gli «obblighi "di avviso" e di "cooperazione" che, in forza della menzionata l. n. 241/1990, sorgono a carico dell'amministrazione, fin dal momento della instaurazione del "rapporto procedimentale"... analoghi agli "obblighi da contatto sociale" previsti dal codice civile per i rapporti contrattuali. Obblighi che costituiscono - come la dottrina ha ormai chiarito -, manifestazioni specifiche del più generale obbligo di condotta secondo buona fede, il quale, costituisce un corollario del principio di certezza giuridica. Sicché il principio di certezza, proprio attraverso queste disposizioni, è penetrato nel diritto amministrativo, quale principio fondante il diritto amministrativo di garanzia». In merito cfr. anche Merusi, Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni «trenta» all'«alternanza», Milano, 2001; Ferrara, Le «complicazioni» della semplificazione; verso una amministrazione senza qualità?, in Scritti in onore di E. Casetta, cit., 649 ss.

(203) Secondo T.A.R. Campania, sez. III, 14-9-2005, n. 13895, l'art. 21 octies non afferma che la mancata comunicazione di avvio del procedimento non possa mai determinare l'annullamento di un atto di natura vincolata, ma stabilisce un principio meno rigido, subordinando la previsione della non annullabilità dell'atto ai soli casi in cui risultasse palese che il contenuto dispositivo del provvedimento vincolato non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato. Conseguentemente, non è sufficiente per l'applicazione dell'art. 21 octies la circostanza che il provvedimento impugnato sia di natura vincolata, ma occorre anche che risulti palese - senza cioè bisogno di accertamenti lunghi e complessi -, la sussistenza del potere vincolato di cui la p.a. ha fatto uso e la conformità alla legge del suo operato.

(204) Da un punto di vista sanzionatorio, è pacifico che l'omessa comunicazione di avvio del procedimento determini l'illegittimità del provvedimento finale, nonostante

la giurisprudenza non sia stata univoca sulla natura giuridica della violazione: qualche decisione ha fatto riferimento alla pura e semplice violazione di legge, altre si sono pronunciate per l'eccesso di potere, nei limitati casi in cui un eventuale apporto informativo del privato a seguito della comunicazione fosse risultato inutile. E non è mancata qualche pronuncia in cui si è addotto il difetto di motivazione, quale esito di un procedimento amministrativo caratterizzato dall'assenza di un «pezzo» decisivo della fase preparatoria: cfr. C. St., sez. V, 29-5-2002, n. 2984. È specificamente esclusa dal legislatore stesso la sanzione dell'illegittimità nei casi in cui la deroga all'obbligo di comunicazione trovi il suo fondamento nelle esigenze di celerità, la cui strutturazione in termini di principio guida del diritto amministrativo si ritrova nell'art. 1, 1° co., l. n. 241/1990 e succ. mod. integr.: il ventaglio di ipotesi regolate dall'art. 13 l. cit. attiene a situazioni varie e differenziate (atti normativi, atti amministrativi generali, atti pianificatori o programmatori, procedimenti tributari), per i quali - come è noto - è escluso l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento: cfr. in argomento Sforza Fogliani, Comunicazione di avvio del procedimento amministrativo ed esigenze di celerità, nota a P. Piacenza, (ord.) 16-4-1998, AC, 1998, II, 837. Dalla illegittimità va, però, tenuta distinta la mera irregolarità, che si verifica essenzialmente nei casi in cui una comunicazione di avvio vi sia stata, ma in essa siano carenti alcuni elementi formali: cfr. Tonoletti, Strumentalità delle forme procedimentali ed equipollenti della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo (a proposito dell'ordine di sospensione dei lavori nel procedimento per l'annullamento della concessione edilizia), nota a C. St., sez. V, 5-6-1997, n. 603, RGUrb, 1998, II, 11 ss. Le impostazioni emerse in dottrina per trovare un discrimine fra le due situazioni possono ricondursi a due orientamenti. Secondo una teoria che si potrebbe definire «soggettiva», l'elemento differenziatore andrebbe ricercato nel comportamento tenuto dal funzionario agente e nel correlativo bagaglio di responsabilità approntato dalla legge: quando la legge preveda per la violazione dell'obbligo di invio della comunicazione una sanzione a carico del funzionario (di tipo disciplinare, pecuniario o di altro genere), ciò sarebbe sintomatico di una mera irregolarità; si sfocerebbe, invece, nella ben più grave illegittimità laddove manchi una sanzione a carico del funzionario: in merito cfr. Zaramella, L'azione amministrativa fra legalità formale e legalità sostanziale: l'irregolarità, SI, 2002, n. 7, 1245 ss. Invece, la teoria «oggettiva», ritenendo non meritevole di accoglimento il sopraindicato orientamento soggettivo - in quanto si verrebbe ad assegnare, seppure indirettamente, efficacia esterna ad una sanzione relativa ai soli rapporti fra la p.a. ed il funzionario procedente - distingue il grado dell'incidenza dell'illegittimità sull'interesse rilevato dalla p.a. e giunge alla conclusione che una eventuale lesione di un interesse pubblico primario dà sempre luogo alla illegittimità: cfr. C. St., sez. IV, 11-2-2003, n. 736, FA C. St., 2003, n. 2. In tale contesto si ritiene che l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento si traduce in illegittimità del provvedimento conclusivo solo se comporti una compressione della partecipazione effettiva dell'interessato; invece, nel caso in cui la carenza strutturale non pregiudichi la partecipazione del privato (ad esempio, per la sola assenza del nominativo del soggetto responsabile), si avrà irregolarità: cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 10-10-2002, n. 6254, FA Tar, 2002, 3344 (s.m.); C. St., sez. V, 30-12-1998, n. 1968, FA, 1998, n. 11-12 (s.m.).

(205) Secondo C. St., sez. V, 5-9-1998, n. 569, i sopraindicati artt. 7, 8 e 10 «pongono un principio generale dell'ordinamento che incontra i soli limiti fissati dallo stesso articolo 7».

(206) Cfr. C. St., sez. IV, 20-9-2005, n. 4836, cit., secondo cui l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento non va applicato formalisticamente, ma in modo tale da assicurare la realizzazione sostanziale degli interessi sottesi alla relativa norma di cui all'art. 7.

(207) Pertanto, deve ritenersi minoritaria, seppure autorevolmente sostenuta, la tesi secondo cui il principio della partecipazione al procedimento amministrativo sia soltanto funzionale alla corretta esplicazione degli interessi del privato, in vista di una sua eventuale tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost.: Roherssen, Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali, Milano, 1988. In tale contesto risulta definitivamente superato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa degli anni '80 dello scorso secolo, secondo cui il principio del contraddittorio trova applicazione nei soli casi tassativamente previsti dalla legge. In particolare, si faceva riferimento ai procedimenti disciplinari in materia di pubblico impiego, per i quali le garanzie del contraddittorio erano espressamente menzionate dalla normativa di settore: cfr. C. St., sez. V, 10-8-1988, n. 976, CS, 1988, 937. E proprio per consentire la più ampia esplicazione del principio di trasparenza, la legge concede un ampio margine di discrezionalità alla p.a. nella scelta delle modalità di comunicazione, qualora non sia possibile o risulti gravoso l'invio di comunicazioni personali a tutti gli interessati. Tuttavia, si tratta di una discrezionalità che non può scivolare nell'arbitrio o nella scelta immotivata, pena la sindacabilità giurisdizionale ed il travolgimento, per invalidità derivata, di tutti gli atti successivi: cfr. Patroni Griffi, op. cit., 56; Petrina, Procedimento amministrativo e diritto di accesso: precedenti giurisprudenziali e valutazioni dottrinarie, NR, 1992, 2348.

(208) Amorosino, Le trasformazioni del diritto amministrativo, Milano, 1995.

(209) C. E. Gallo, La riforma della legge sull'azione amministrativa ed il nuovo titolo V della nuova costituzione, www.giustamm.it, 1 ss., nel rapportare la l. n. 15/2005 al nuovo assetto della competenze legislative conseguente alla riforma del titolo V della Costituzione, rileva che l'esistenza di una pluralità di centri con competenza legislativa rende problematica una disciplina generale ed uniforme sul procedimento amministrativo, vanificandone in qualche misura l'efficacia. Infatti, nel momento in cui si riconosce alle Regioni il potere di approvare norme specifiche differenziate, ne consegue un ambito limitato della legge generale sul procedimento, potendo quest'ultima essere riferita soltanto all'attività dell'amministrazione statale, sia pure intesa in senso ampio. Lo stesso A., anche al fine di assicurare un'opportuna uniformità della disciplina della materia in esame, sottolinea come tale disciplina dell'attività e del procedimento amministrativo sia riconducibile alla lett. m), art. 117, 2° co., Cost., secondo cui appartiene alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Conseguentemente, la disciplina stabilita a livello statale, ritenuta compatibile con tutte le diverse situazioni esistenti nel territorio nazionale, deve ritenersi disciplina di livello essenziale, rispetto alla

quale sussiste un vero e proprio diritto di tutti i cittadini. Ciò comporta, ad avviso dell'A., che i sopra indicati livelli non possono essere ridotti dalla potestà legislativa delle Regioni, con l'importante conseguenza di assicurare il rispetto dei diritti che i cittadini hanno acquisito per effetto dell'approvazione della legge generale sul procedimento.

(210) In ordine al profilo indicato nel testo si rinvia a Barile- Cheli, Istituzioni di diritto pubblico, Padova, 2002.

(211) Cerulli Irelli, Corso di diritto amministrativo, cit., 430.

(212) In merito cfr. C. St., sez. IV, 29-8-2002, n. 4343, FA C. St., 2002, 1672 (s.m.); T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 7-12-2001, n. 5335, FA, 2001, 3297 (s.m.); C. St., sez. IV, 22-3-2001, n. 1683, ibidem, 399 (s.m.).

(213) Cfr. Cavallaro, Procedimento amministrativo e partecipazione del privato nella l. 7-8-1990 n. 241, RAm, 1991, 1192.

(214) Cfr. Lilla Boschetti, Rappresentanza degli interessi e attività conoscitiva della pubblica amministrazione, J, 2001, n. 32, 377 ss.

(215) Quindi, a seguito della richiesta di intervento il responsabile del procedimento non deve pedissequamente limitarsi alle affermazioni del soggetto richiedente, ma è tenuto ad effettuare un attento controllo - in prima battuta mediante l'atto costitutivo e lo statuto - sull'ente e sulle sue finalità, verificando in maniera particolare l'assenza di uno scopo di lucro in capo all'associazione e il verificarsi, seppure potenziale, del pregiudizio atto a giustificare l'intervento stesso: sul punto T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 19-5-1994, n. 958, FA, 1994, 2209 (s.m.).

(216) Cfr. Nigro, Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza, FI, 1987, 7 ss.; Occhiena, Partecipazione e tutela giurisdizionale (parte II), DEc, 2002, n. 32, 31 ss.

(217) Cfr. per una interessante panoramica di carattere storico, C. St., 9-3-1973, n. 243. Contra sul punto, seppur risalente, T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 30-10-1993, n. 541, FA, 1994, 869 ss. In dottrina: Barbensi, La legittimazione processuale degli ordini e dei collegi nei giudizi amministrativi, CIt, 2001, I, 65 ss.; Duret, La legittimazione «ex lege» nel processo amministrativo, DPrA, 1999, II, 40; Mangia, La legittimazione al ricorso giurisdizionale amministrativo delle associazioni private aventi finalità di difesa dell'ambiente, SI, 1996, II, 212 ss.

(218) Cfr. infatti T.A.R. Lazio, sez. III, 13-6-2000, n. 4878, RGSan, 2000, n. 198, 48 ss.

(219) In merito cfr. Villata, Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale, DPrA, 1992, 171.

(220) In tal senso C. St., sez. IV, 28-2-1992, n. 223, DPrA, 1994, 511, con nota di Pugliese.

(221) Sull'ampia problematica accennata nel testo si rinvia per i dovuti approfondimenti a Spasiano, I soggetti della politica ambientale in Italia, in I Colloquio di Diritto dell'Ambiente organizzato dall'A.I.D.U.-Associazione Italiana di Diritto Urbanistico, sul tema L'ambiente e l'attività amministrativa, Teramo, 29/30-4-2005, 20 ss., il quale, inoltre, evidenzia che l'azione politica delle associazioni

ambientaliste si articola in tre macro settori: attività di denunzia e d'impulso dei poteri pubblici; attività divulgative, di studio e di intervento diretto di tipo gestionale nel settore ambientale; attività di co-gestione di funzioni di spettanza di enti istituzionalmente preposti alla tutela ambientale. L'A. rileva come questi soggetti, svolgendo talvolta più tipologie d'azione e inserendo loro rappresentanti in seno ad organi pubblici, potrebbero sollevare questioni di incompatibilità e credibilità. Ulteriori preoccupazioni sorgono dal conflitto di interessi generato da un'eventuale invadenza delle associazioni nella gestione del potere pubblico, nonché dalla possibilità che queste associazioni hanno di attingere finanziamenti da fondi appositamente predisposti dalla U.E., dallo Stato, dalle Regioni e dagli enti locali, sia per le attività istituzionali che per specifici progetti.

(222) Infatti, come già accennato nel testo, ha diritto alle informazioni ambientali chiunque le richieda, senza necessità - in deroga alla disciplina generale sull'accesso ai documenti amministrativi - della dimostrazione di un suo particolare e qualificato interesse. Inoltre, è ampliato anche il contenuto delle notizie accessibili, in quanto nella materia in esame è possibile conoscere non soltanto atti e documenti amministrativi preesistenti e individuabili, ma anche qualsiasi informazione disponibile: cfr. T.A.R. Lazio, 22-12-2004, n. 17155. In effetti, le informazioni relative all'ambiente implicano anche un'attività elaborativa da parte dell'amministrazione debitrice delle comunicazioni richieste, garantendo, così, al richiedente una tutela più incisiva di quella prevista dalla l. n. 214/1990 e succ. mod. integr., che è limitata unicamente ai documenti amministrativi già formati e nella disponibilità della p.a.; cfr. C. St., sez. IV, 7-9-2004, n. 5795. In definitiva la speciale disciplina in oggetto risulta preordinata, in armonia con le finalità della direttiva comunitaria di cui è attuazione, ad assicurare la massima trasparenza sulla situazione ambientale e a consentire un controllo diffuso sulla qualità ambientale attraverso l'eliminazione di ogni ostacolo all'effettivo accesso alle informazioni sullo stato dell'ambiente. Tuttavia, il carattere eccezionale della normativa in esame, rispetto alla disciplina generale contenuta nella legge sul procedimento amministrativo, ha portato la giurisprudenza amministrativa a delimitare con precisione l'ambito di applicazione della norma derogante: infatti, C. St., sez. V, 14-2-2003, n. 816, ha affermato che la materia della protezione ambientale (intesa nel senso di conservazione dell'assetto naturale del territorio e preservazione della salubrità e delle condizioni oggettive del suolo, e in generale dell'habitat naturale) si distingue dall'urbanistica e dall'edilizia. Conseguentemente, la speciale sopraindicata disciplina può applicarsi alla domanda di accesso ad atti relativi al rilascio di concessioni edilizie unicamente nel caso in cui la domanda faccia emergere una possibile incidenza delle concessioni sui valori ambientali.

(223) Anche Proietti, Preavviso di rigetto: conquista di civiltà. Non è un adempimento formale, ma elemento di trasparenza, cit., 106, rileva che l'art. 10 bis costituisce manifestazione del principio di trasparenza: in particolare, tale art. «conferma il carattere partecipativo del procedimento amministrativo, incentivando l'informazione e la trasparenza nell'ambito dello stesso, facendo assurgere il dovere della pubblica amministrazione di parlare chiaro a vero e proprio valore da salvaguardare, anche di fronte all'esercizio del potere». Tuttavia, Francario, Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo, cit., 3, dubita dell'utilità

della previsione di cui all'art. 10 bis, introdotto dalla l. n. 15/2005: «non si comprende quale sia la necessità di rinforzare le garanzie procedimentali della comunicazione e della partecipazione, rispetto a quanto già garantito dal riconoscimento del diritto a presentare memorie scritte e documenti che l'amministrazione ha già l'obbligo di valutare ai sensi dell'art. 10». Rileva l'A. che se lo scopo di tale norma è quello di insistere nel tentativo di comporre già in ambito procedimentale - al chiaro fine di deflazionare il contenzioso innanzi al giudice amministrativo - il contrasto tra interesse pubblico e privato, tale scopo è vanificato dal fatto che l'interessato, venuto a conoscenza dell'atto lesivo della sua situazione giuridica soggettiva, impugnerà tale atto in sede giurisdizionale, quanto meno per evitare la decadenza.

(224) In merito cfr. T.A.R. Campania, sez. VII, 29-6/4-7-2005, n. 9369, DeG, 2005, 109 ss., secondo cui è annullabile il provvedimento amministrativo di rigetto di una istanza del privato, se non preceduto - ai sensi dell'articolo 10 bis l. n. 241/1990 e succ. mod. integr. - dalla comunicazione delle ragioni che ostano all'accoglimento della istanza stessa. Nel caso di specie una società commerciale chiedeva in concessione una porzione del demanio marittimo, per installarvi attrezzature «ad uso turistico». Tale istanza veniva rigettata dal Comune sul presupposto che l'area non poteva essere sottratta al libero godimento della collettività. Avverso tale rigetto ricorreva l'istante, rilevando che non erano stati comunicati, prima dell'adozione del provvedimento, i motivi ostativi dell'accoglimento dell'istanza: il T.A.R. ha accolto la domanda.

(225) Varrone, Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo, www.giustamm.it, 5, afferma che il termine «bene della vita» ha una duplice valenza, perché «può essere inteso in senso formale, se si fa riferimento alla situazione giuridica soggettiva dal cui esercizio deriva il soddisfacimento dell'interesse sostanziale di chi ne è titolare, ovvero può essere inteso come effettiva soddisfazione del bisogno o dell'interesse disciplinato nell'atto, se si dà rilievo alla realtà fattuale che ne è a fondamento. Le due nozioni tendono a sovrapporsi allorché la situazione soggettiva scaturente dall'atto crea una relazione diretta con il bene, mentre tendono a differenziarsi allorché detta situazione di titolarità si sostanzia nella pretesa che, tramite la cooperazione dell'obbligato, il suo interesse sostanziale venga soddisfatto. La realtà formale si presenta così come la più straordinaria invenzione dell'uomo per incidere, attraverso la creazione della realtà immateriale, quale è appunto la disciplina giuridica, su quella fenomenica, al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni individuali e di quelli collettivi».

(226) Secondo F. Minniti-M. Minniti, op. cit., 60, la nuova norma indicata nel testo «si presta, da un lato, alla critica di cozzare contro il principio di "non aggravamento del procedimento" (art. 1, 2° co.), mentre da altro verso dovrebbe avere una rilevante portata deflativa del contenzioso». Si rileva, inoltre, che attraverso il nuovo istituto in esame viene introdotta un'importante sede di confronto, che costituisce un'utile occasione per un più compito contemperamento di tutti gli interessi coinvolti.

(227) T.A.R. Veneto, sez. II, 13-9-2005, n. 3418, www.lexitalia.it, ritiene che l'obbligo di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento di un'istanza, previsto dall'art. 10 bis cit., non si applichi alla denuncia di inizio attività (Dia). Il T.A.R. giunge a tale

conclusione attraverso una serie di motivazioni differenti: anzitutto, considerata la natura stessa della Dia, afferma che questa non è da ritenere un procedimento amministrativo, tanto meno ad impulso di parte. Secondo la sopraindicata pronuncia, infatti, non si tratterebbe altro che di una modalità attraverso la quale giungere alla formazione di un titolo abitativo col decorso del termine previsto dalla legge. Il privato, quindi, non rivolgerebbe alla p.a. un'istanza, ma si limiterebbe a comunicarle l'inizio di un'attività: la stessa amministrazione, da parte sua, non darebbe avvio a nessun procedimento, ma si limiterebbe a svolgere una funzione di controllo destinata ad inibire o confermare l'attività denunciata. Inoltre, per lo stesso T.A.R. Veneto, l'articolo 10 bis, nell'escludere dall'obbligo di preavviso di un provvedimento negativo le procedure concorsuali, nonché i procedimenti previdenziali ed assistenziali su istanza di parte, non fornirebbe un'elencazione tassativa: in effetti, l'esclusione di una certa procedura dall'obbligo di preavviso sarebbe ricavabile da diverse disposizioni normative. Questo varrebbe, appunto, per la Dia, disciplinata dall'art. 9 l. n. 241/1990 e succ. mod. integr. e, da ultimo, dal t.u. n. 380/2001: per il giudice amministrativo veneto, infatti, l'art. 23 del t.u. nello specificare l'obbligo per la p.a. di notificare all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento, in caso di assenza delle condizioni previste, assorbirebbe l'istituto previsto dall'art. 10 bis. In ogni caso, specifica il T.A.R., anche nelle ipotesi di Dia previste dall'art. 19 l. n. 241/1990 e succ. mod. integr., l'articolo 10 bis risulterebbe inapplicabile, in quanto tale Dia non si potrebbe considerare un'istanza di parte. In ogni caso il mancato rispetto dell'obbligo di preavviso di un provvedimento negativo - conclude la citata pronuncia - non rappresenta sempre una causa di illegittimità, laddove si dimostri che il destinatario abbia avuto comunque tempestiva conoscenza dei motivi ostativi al rilascio del provvedimento.

(228) Secondo T.A.R. Veneto, sez. II, 13-9-2005, n. 3430, www.lexitalia.it, è applicabile il principio del raggiungimento dello scopo anche nel caso di preavviso di provvedimento negativo, laddove, appunto, il fine previsto dal legislatore risulti comunque raggiunto dall'amministrazione procedente anche senza il puntuale rispetto delle regole procedurali previste: pertanto, rileva la sopraindicata pronuncia che le amministrazioni pubbliche potranno anche fare a meno di notificare il preavviso di provvedimento negativo, qualora abbiano comunque avuto modo di manifestare all'interessato sia l'intenzione di non accogliere la sua istanza sia, soprattutto, le relative motivazioni.

(229) Rileva Proietti, Preavviso di rigetto: conquista di civiltà. Non è un adempimento formale, ma elemento di trasparenza, cit., 108, che il preavviso di rigetto è espressione di due esigenze contrapposte: da un lato, l'interesse alla tempestività, all'efficienza e all'economicità dell'azione amministrativa; dall'altro lato, l'interesse alla trasparenza dell'attività della p.a. In tale contesto il legislatore ha cercato un difficile equilibrio, basandosi sugli approdi giurisprudenziali circa l'utilizzazione in materia del principio del raggiungimento dello scopo e la creazione della figura della irregolarità quale causa non invalidante del provvedimento. Secondo l'A., gli spazi lasciati dal legislatore fanno ritenere che, ora più che mai, alla giurisprudenza amministrativa è affidato un difficile compito interpretativo.

(230) Tale essenza coincide con una relazione di tipo comunicativo fondata su uno scambio di informazioni quanto meno bilaterale (ma tendenzialmente plurilaterale, se si considerano gli interventori nel procedimento) e caratterizzato dalla completezza e dalla continuità.

(231) In questi termini Tarullo, L'art. 10 bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria, www.giustamm.it, 2, secondo cui, inoltre, «nell'art. 10 bis coesistono aspetti garantistici (indubbiamente tenuti presenti in sede di concepimento, come confermano i lavori parlamentari) ed aspetti collaborativi: nel momento in cui si adopera per rappresentare fatti e/o interessi che contraddicono o rendono non più attuali le conclusioni adombrate dall'ente procedente, il destinatario della funzione coopera in modo determinante alla migliore (più ponderata, più attenta, più completa) esplicazione della funzione medesima, vuoi inducendo l'autorità ad una rimeditazione del progetto di decisione originario vuoi confortandola nella correttezza (rectius, nella tenuta logica e giuridica) dello stesso... Persuade poco, tuttavia, l'idea che gli istituti partecipativi debbano essere considerati (almeno in determinati frangenti) come ostacoli da neutralizzare, anziché come mezzi di implementazione ed elevazione (qualitativa e quantitativa) dell'istruttoria procedimentale» (ivi, 3 e 9).

(232) Cfr. in merito T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 6-11-2002, n. 6896, FA Tar, 2002, 3727 (s.m.), secondo cui «l'omessa comunicazione del responsabile del procedimento o dell'ufficio presso cui prendere visione degli atti non determina l'illegittimità del provvedimento finale, dovendosi considerare responsabile del procedimento il funzionario preposto alla competente unità organizzativa».

(233) M. A. Sandulli, Responsabile del procedimento, in Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti, a cura di Italia-Bassani, Milano, 1995.

(234) Cfr. Franco, Il nuovo procedimento amministrativo commentato, Padova, 2001.

(235) In merito cfr. C. St., sez. V, 3-9-2001, n. 4586, GI, 2001, 179 ss.

(236) Rileva Immordino, op. cit., 29, che se migliorare la qualità della vita degli amministrati costituisce lo scopo della semplificazione e, quindi, l'obiettivo ultimo dell'amministrazione di risultato, «allora anche le disposizioni (...) che fondano il c.d. diritto amministrativo di garanzia, il quale nel principio di certezza giuridica rinviene uno degli elementi fondanti, sono riconducibili all'amministrazione di risultato. Che nelle intenzioni del legislatore i due nuclei di norme interagiscano in un circolo virtuoso è ulteriormente confermato dalla presenza nella stessa legge di un terzo nucleo di norme, palesemente indirizzate a conciliare obiettivi di garanzia, e quindi di stabilità e certezza nei rapporti tra amministrazione e cittadini, ed obiettivi di efficienza e di efficacia dell'agire amministrativo». In tale contesto rientra anche la disposizione che prevede la figura del c.d. responsabile del procedimento, quale ci si può rivolgere per conoscere lo stato del procedimento.

(237) Cfr. per la completezza d'indagine lasciata al funzionario responsabile, C. St., sez. VI, 6-3-2002, n. 1355, FA C. St., 2002, 749 (s.m.).

(238) In merito cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 9-7-2001, n. 3226, FA, 2001, 1334 (s.m.); T.A.R. Sicilia, Palermo, 8-6-1995, n. 523, FA, 1996, 260 ss.

(239) Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 12-3-1997, n. 238, TAR, 1997, I, 2065 ss.

(240) Cfr. per le conseguenze processuali, T.A.R. Lazio, sez. III, 10-7-2002, n. 6245, FA Tar, 2002, 2521 (s.m.); C. St., sez. VI, 25-6-2002, n. 3459, FA C. St., 2002, 1507 (s.m.).

(241) Secondo De Leonardis, Responsabilità dell'Amministrazione e risultati, in Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 174-175, per effetto dell'applicazione del principio di responsabilità ai funzionari ed ai dipendenti pubblici si è prodotto un mutamento del ruolo del responsabile del procedimento: «questi non dovrebbe essere più (sol)tanto il funzionamento di puro riferimento dell'andamento procedimentale (come purtroppo in molti casi è stato finora inteso) bensì colui che deve dare risposte convincenti, rapide e giuste ai problemi della società civile e che ad essa deve rispondere. Per questo il "responsabile" non può che essere unico perché unico è il problema da risolvere: si attua in tal modo il modello per cui l'organizzazione è variabile dipendente dall'esercizio delle funzioni in vista del conseguimento di risultati concreti». In merito Berti, Amministrazione come responsabilità, in Scritti in onore di G. Galeotti, Milano, 1998, I, 133, afferma che fino a quando i dirigenti dovranno rispondere dell'inosservanza delle direttive generali o del risultato negativo della gestione nei confronti della direzione politica non si demolirà il muro di separazione che conserva sempre l'amministrazione nell'ambito del potere esecutivo e ne impedisce così un immediato collegamento con i bisogni sociali. Lo stesso A. (in La responsabilità pubblica, Padova, 1994, 304), rileva che la previsione nella l. n. 241/1990 di obblighi e di responsabilità nel provvedimento amministrativo determina un «compromesso tra legalità di vecchia maniera che puntava essenzialmente sulla discrezionalità amministrativa e sulla legittimità degli atti ed una legalità sostanziale che comprende appunto l'obbligo e la responsabilità».

(242) Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 25-2-2003, n. 378, FA Tar, 2003, n. 2.

(243) T.A.R. Lazio, sez. II, 21-10-2002, n. 8971, FA Tar, 2002, 3288 (s.m.).

(244) Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 25-2-2003, n. 378, FA Tar, 2003, n. 2.

(245) Rileva Immordino, op. cit., 18, che la nozione di certezza indica anche la prevedibilità della decisione e, in particolare, del contenuto dell'atto giuridico: in tale contesto emerge l'insopprimibile esigenza che il cittadino conosca prima «le modalità ed i limiti dell'esercizio effettivo del potere, il che consentirà loro di poter controllare la razionalità della procedura attraverso la quale la decisione medesima è stata assunta».

(246) Cfr. Caringella, Il procedimento amministrativo, Napoli, 2002; Iannotta, I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo, DPrA, 1998, 368 ss. Rileva Montedoro, op. cit., 2, che «la motivazione, vista dal lato di chi è titolare delle funzioni pubbliche è una via. L'unica via percorribile per l'adozione di un atto legittimo. Ma, vista dal lato del destinatario dell'atto, la motivazione è un garanzia, la principale garanzia che la legge appresta a sua tutela. Mezzo per il perseguimento legittimo dell'interesse pubblico, garanzia per la tutela della propria posizione: fra questi due opposti obiettivi, fra queste missioni antitetiche, la motivazione dell'atto amministrativo vive il suo tormento, e, con essa, vive il suo tormento il giudice amministrativo». Secondo tale A. la previsione contenuta nell'art. 6 l. n. 15/2005, secondo cui nei procedimenti ad

istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente - prima dell'adozione del provvedimento negativo - deve comunicare gli eventuali motivi ostativi all'accoglimento, introduce una duplicazione di oneri motivatori che, se da un lato rafforza le garanzie della parte istante, dall'altro viene ad incidere sulla speditezza, sulla economicità, sull'efficienza e l'efficacia dei procedimenti.

(247) In ordine al depotenzionamento dell'obbligo di motivazione - con gli intuibili riflessi sulla trasparenza - che potrebbe derivare dall'art. 21 octies l. n. 241/1990, v. retro.

(248) Rileva Montedoro, op. cit., 25, che «la motivazione, ricacciata dalla liberalizzazione nell'angolo, rimane il centro dell'agere dell'amministrazione come autorità (C. Cost. n. 204/2004), quasi uno zoccolo duro che non si presta ad essere dissolto. Fra sostanza e forma, fra diritto sostanziale e processo, fra autonomia dell'amministrazione ed intervento del giudice, essa resta il miglior modo per garantire la ragionevolezza dell'uso del potere». Malgrado - conclude l'A. - una tendenziale dequotazione della motivazione, «la tecnicizzazione dell'attività amministrativa e la grande complessità di alcuni settori della vita economica (concorrenza, banche, assicurazioni) ci inducono - tuttavia e conclusivamente - ad affermare che un'attività amministrativa senza motivazione - anche solo considerando le esigenze delle imprese - sia incapace di reggere la sfida della modernità, che non può che essere basata su un adeguato confronto ed equilibrio fra potere pubblico e poteri privati» (ivi, 27).

(249) Cfr. per un caso giurisprudenziale T.A.R. Molise, 10-12-2002, n. 965, FA Tar, 2002, n. 12 (s.m.).

(250) Cfr. Corso, L'attività amministrativa, Torino, 1999.

(251) Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 7-1-2003, n. 28, FA Tar, 2003, n. 1 (s.m.).

(252) In ordine alla possibilità per l'amministrazione procedente di integrare in un secondo momento la motivazione precedentemente assunta cfr. C. St., sent. n. 665/2000, CS, 2000, 236. Tale operazione, ovviamente, non incontra alcun limite di fattibilità, anzi costituisce un'importante forma di estrinsecazione del potere della p.a. di agire in autotutela, perseguendo le direttrici di efficienza ed efficacia: sul punto, in via generale, cfr. Contieri, Il riesame del provvedimento amministrativo, Napoli, 1991. L'unico limite temporale - segnalato costantemente dalla giurisprudenza, ma sul quale non è mancato qualche ripensamento critico (cfr. C. Giust. Amm. Sic. n. 149/1993) - riguarda l'eventuale proposizione di un ricorso amministrativo, che segna il dies a quo di un intervento in autotutela della p.a.: infatti, consentire all'amministrazione di modificare il supporto motivazionale del provvedimento a giudizio in corso significa, in buona sostanza, minare l'effettività della tutela. Il sopravvenire di provvedimenti in corso di causa, invece, è ipotesi che trova oggi la sua regolazione processuale nell'istituto dei «motivi aggiunti» (art. 21 l. T.A.R., modificato dalla l. n. 205/2000). A ben vedere, quindi, non si tratta di altro che del versante speculare del problema di distinguere la doppia natura della motivazione: se si intende quest'ultima nella limitativa ottica formale, al quesito di cui sopra dovrà darsi risposta negativa. Il discorso ovviamente muta qualora, in un'ottica sostanziale, l'integrazione postuma della motivazione, non «cambiando le carte in tavola», agevoli il destinatario del

provvedimento nella comprensione del percorso logico seguito dall'amministrazione. Rileva Montedoro, op. cit., 25, che la l. n. 15/2005 ha consentito la motivazione postuma solo per gli atti vincolati, non per gli atti discrezionali: conseguentemente, la relativa norma non può essere considerata squilibrata e lesiva del diritto di difesa. Al di là dei sopraindicati contrapposti orientamenti, la scelta fra l'uno o l'altro dei due modelli non può non risentire dell'introduzione - ad opera della l. n. 15/2005 - dell'art. 21 octies nella l. n. 241/1990, che al 2° co. esclude l'annullamento del provvedimento amministrativo in presenza di meri vizi formali che non incidano sulla sostanza della statuizione (v. retro).

(253) Cfr. Alesio, Legge 241: la motivazione non va soppressa senza limiti, DeG, 2004, 76 ss.; Montedoro, op. cit., 7 ss.; Romano Tassone, Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità, Milano, 1987; De Paolis, I principi di legalità ed i criteri di economicità efficacia e pubblicità nella legge 241 sul procedimento amministrativo. Il comportamento silente dell'amministrazione. La motivazione delle scelte dell'amministrazione, RPEL, 1994, I, 859 ss.; cfr. Adilardi, Valutazioni e motivazioni: un passo indietro sulla via della trasparenza?, nota a sent. C. St., sez. VI, 15-10-1993, n. 727, GC, 1994, I, 2057; Bartot, La motivazione tra vizio formale e tutela sostanziale in giudizio, nota a sent. T.A.R. Veneto, sez. I, 10-6-1987, n. 648, DPrA, 1989, 470; Calzoni, Motivazione, sindacato sui motivi, formazione procedimentale dell'atto, nota a sent. C. St., sez. IV, 27-10-1981 n. 787, FA, 1982, I, 1001; Castiello, La generalizzazione dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi (art. 3, l. 7-8-1990, n. 241), CS, 1991, II, 1537; Virga, Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo, GASic, 1993, n. 12, 253 ss. In ordine alla natura giuridica degli atti di pianificazione urbanistica ed al correlato regime della motivazione, sia consentito di rinviare a Tanda, Piano di lottizzazione convenzionato e successiva variante al P.R.G., RGE, 2003, 389 ss.

(254) Cfr. C. St., sez. IV, 18-10-2002, n. 5730, FA C. St., 2002, 2371 (s.m.).

(255) Cfr. Cavallo, Provvedimenti e atti amministrativi, Padova, 1993.

(256) Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 10-1-2003, n. 11, FA Tar, 2003, n. 1 (s.m.).

(257) Cfr. Gualtieri, Partecipazione e imparzialità amministrativa nella legge n. 241 del 1990, QR, 1992, II, 603.

(258) Una considerevole accelerazione procedimentale si riscontra nella successiva norma di cui al 3° co. dell'art. 3 l. cit., nel quale la legge stabilisce l'ammissibilità della motivazione per relationem, a condizione che il provvedimento espressamente richiamato nel corpo motivazionale sia reso disponibile al privato nelle forme previste dalla stessa l. n. 241/1990: cfr. T.A.R. Sardegna, 28-1-2003, n. 90, FA Tar, 2003, n. 1 (s.m.). Tale norma, come è noto, costituisce il frutto di una rilevante tendenza dottrinale, che - orientata decisamente verso una dequotazione della motivazione - ha rimarcato come, nel corso degli anni, gli spazi di rilevanza del provvedimento amministrativo si fossero progressivamente assottigliati, per lasciare il campo a nuove forme di gestione dei compiti pubblici (sui quali v. infra), essenzialmente governate dalla centralità del procedimento amministrativo, quale luogo ideale per la raccolta,

la elaborazione e la sintesi delle posizioni rilevanti ai fini della decisione: infatti, secondo C. St., sez. V, 25-1-2003, n. 342, FA C. St., 2003, n. 1 (s.m.), «non può essere presa in considerazione dal giudice l'integrazione della motivazione dell'atto impugnato, fatta dall'amministrazione nel corso del giudizio, posto che, per evidenti ragioni di logica, la motivazione deve precedere e non seguire cronologicamente la parte dispositiva del provvedimento». L'art. 3, 3° co., cit. contiene in sé un rilevante elemento di novità, teso ad incentivare il raggiungimento dell'efficienza dell'agire amministrativo e del perseguimento di una logica acceleratoria: tuttavia, ciò può significare, in qualche caso, un appesantimento delle facoltà sia del privato, il quale si vede costretto ad impugnare «al buio» il provvedimento motivato per relationem in maniera insufficiente, onde non incorrere nelle decadenze processuali, sia del giudice, che dovrebbe secondo alcuni provvedere ad un intervento di tipo integrativo: in tal senso Clarich, Qualità dell'Amministrazione e giustizia amministrativa, DPb, 2001, 271; Zito, Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo, Milano, 1996. Tuttavia, in senso contrario cfr. C. St., sent. n. 164/1994, DPrA, 1996, 380. È indubitabile che la recente tendenza al superamento dell'asetticità e del tecnicismo della motivazione del provvedimento amministrativo, che spesso arrivava dall'alto con la sua imperatività senza concedere facoltà di replica al privato, sia la conseguenza anche del nuovo modo di intendere i rapporti fra p.a. e amministrati, sempre in vista del raggiungimento dell'obiettivo della massima trasparenza.

(259) Cfr. Cerulli Irelli, Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, cit., 1 ss. Molto critico è Satta, op. cit., 2, secondo cui «la recentissima legge (...) per molti aspetti si perde in questioni di dettaglio, dettando certamente norme molto precise in alcune materie (conferenza di servizi ed accesso), di cui, per altro, forse non vi era necessità».

(260) Cfr. Caringella-Tarantino, Il nuovo volto della conferenza di servizi dopo la l. n. 340 del 2000 (comm. a l. n. 340 del 2000), UA, 2001, II, 367 ss.; Cimellaro-Ferruti, La conferenza di servizi e l'accordo di programma, Rimini, 1998; F. G. Scoca, Analisi giuridica della conferenza di servizi, DAmm, 1999, 255 ss.; Sticchi Damiani, La conferenza di servizi, in St. Virga, II, Milano, 1994, 1757 ss.; Forte, Il contributo della giurisprudenza sulle conferenze di servizi, in Enti pubbl., 2, 1995, 139 ss.; Bertini, La conferenza di servizi, DAmm, 1997, 271; Comporti, Conferenze di conferenza di servizi e l'ordinamento delle autonomie, DAmm, 1998, 172 ss.; Davalli, La conferenza di servizi, cit., 179 ss.; Soricelli, Contributo in tema di conferenza di servizi, cit., 25 ss.

(261) Così Marrama, op. cit., 84.

(262) In questi termini F. Scoca, Analisi giuridica della conferenza di servizi, cit., 259. Nello stesso senso cfr. D'Orsogna, Conferenza di servizi e amministrazione della complessità, Torino, 2002, 176, secondo cui il fondamento dell'istituto è da rinvenire non tanto nell'accelerazione o nella semplificazione dei procedimenti, «bensì nella circostanza che il ricompattamento delle competenze nel momento di esercizio dei vari poteri amministrativi coinvolti assicura e favorisce la valutazione congiunta e contestuale di tutti gli interessi pubblici (e privati) interferenti nella fattispecie concreta».

(263) Cfr. Fares, La conferenza di servizi dopo la l. 24-11-2000, n. 340, SI, 2001, II, 807 ss.

(264) Cfr. Forte, La conferenza di servizi e il procedimento amministrativo, LeG, 1992, n. 105, 449 ss.

(265) Una parte della dottrina, di derivazione tedesca, pone invece l'istituto come un esempio dell'azione non formalizzata della p.a.

(266) Le brevi considerazioni sopraindicate fanno comprendere il ruolo di notevole rilievo ricoperto dall'istituto della conferenza, per il quale ancor oggi non sembra sopito il dibattito sulla sua natura giuridica: cfr. C. St., sez. V, 25-1-2003, n. 349, FA C. St., 2003, n. 1 (s.m.). Come è noto, secondo un risalente orientamento, che tuttavia ha ancora qualche sostenitore, la conferenza di servizi costituirebbe un organo collegiale di tipo straordinario. Invece, l'indirizzo attualmente prevalente, facendo leva anche sul dettato normativo della riforma operata dalla l. n. 340/2000, propende per una ricostruzione unitaria dell'istituto quale modulo organizzatorio e procedimentale, anche se permangono alcune diversità operative, che non possono, invero, essere sottaciute. Optare per l'una o l'altra delle due sopraindicate prospettazioni comporta rilevanti conseguenze. Infatti, accogliere la teoria procedimentale implica un rigetto del modulo collegiale, con i connessi rilievi in tema di funzionamento dell'organo, di modalità di convocazione, di presidenza e di decisione: cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4-12-2002, n. 2272, FA Tar, 2002, n. 12 (s.m.). Anche le questioni di ordine processuale sono di non poco momento, laddove la considerazione della conferenza di servizi come un modello organizzatorio conduce a soluzioni ben diverse in ordine alla legittimazione attiva e passiva all'impugnazione delle sue decisioni, rispetto all'eventualità in cui si preferisca considerare l'istituto come un organo straordinario (nel qual caso, per voler fare un solo esempio, l'impugnativa delle amministrazioni dissenzienti sarebbe preclusa): cfr. C. St., sent. n. 5296/2001, UA, n. 12/2001, 128 ss.

(267) Il filone di tendenza appare, quindi, pienamente coerente con gli altri caratteri di modernità dell'odierno diritto amministrativo, quali il superamento dello schema gerarchico, l'applicazione generalizzata dei modelli del diritto privato, il declino dell'autoritatività dell'azione dei pubblici poteri: cfr. Taccogna, Questioni in tema di conferenza di servizi, nota a T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 28-2-2002, n. 888, FA Tar, 2002, n. 32, 840 ss.

(268) Cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 25-10-2002, n. 540, FA Tar, 2002, 3305 ss.

(269) Cfr. O. Forlenza, «Interessi prevalenti» con la conferenza di servizi, GDir, 2000, 46, 118.

(270) Per i dovuti approfondimenti, oltre che per un inquadramento generale, cfr. Forte, La conferenza di servizi, Padova, 2000.

(271) Cfr. Cerulli Irelli, Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, cit.

(272) Rileva Francario, op. cit., 2, che «l'esigenza di continua messa a punto dell'istituto, tanto più sentita a seguito dell'abbandono dell'originario criterio dell'unanimità a favore di quello della maggioranza, si spiega in buona parte proprio per il crescente successo della nuova formula»: secondo l'A., la novella introdotta dalla

l. n. 15/2005 si segnala per l'ennesima innovazione relativamente alla disciplina del dissenso dell'amministrazione partecipante.

(273) Cfr. Cerulli Irelli, Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90, cit.

(274) Sono stati, inoltre, notevolmente ristretti anche i termini per la convocazione della prima riunione: quindici giorni o, in caso di particolare complessità dell'istruttoria, trenta giorni, dalla data dell'indizione. La conferenza dovrà, inoltre, indicare il termine per l'adozione della provvedimento finale, che, comunque, non può superare i novanta giorni. Dopo tale termine, secondo la nuova disciplina, l'amministrazione procedente può emanare una motivata determinazione di conclusione del procedimento, sulla base delle risultanze della conferenza e delle posizioni prevalenti.

È evidente la logica acceleratoria cui è ispirata tale disposizione che consenta la conclusione del procedimento in tempi brevi anche in mancanza di collaborazione da parte di una delle amministrazioni coinvolte.

(275) La conferenza può concludersi con relazione positiva da parte dell'amministrazione procedente anche nel caso in cui tra le amministrazioni interessate ve ne sia una dissenziente, a cui evidentemente competono gli ordinari mezzi di tutela giurisdizionale: cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 20-1-2003, n. 64, FA Tar, 2003, n. 1 (s.m.); T.A.R. Liguria, sez. I, 28-9-2002, n. 984, ivi, 2002, 2831, 3153 ss., con nota di Lombardi; T.A.R. Toscana, sez. III, 10-10-2002, n. 2424, ibidem, 3225 (s.m.). In definitiva, tralasciando - per ovvie esigenze di sintesi - l'elencazione dei molteplici paradigmi di conferenza di servizi disciplinati dalla normativa, la tensione alla semplificazione si appalesa in maniera evidente con riferimento ad una serie di problematiche di stampo operativo, le quali fanno trasparire la chiara intenzione del legislatore di superare il previgente modello dell'unanimità, per privilegiare una gestione «a maggioranza» tale da assicurare celerità nei tempi e gestibilità delle operazioni. Secondo Contieri, Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato, in Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 281, nell'ambito della figura della conferenza di servizi «la necessità del consenso di tutti i portatori di interessi pubblici non è vista come un valore, ma come un intralcio al raggiungimento dell'obiettivo dell'adozione di una rapida decisione. Ciò in quanto il fine della norma è evidentemente limitato: si vuole una decisione, quale che sia, e non una buona decisione che sia condivisa e che contemperi tutti gli interessi coinvolti». Dallo stesso excursus normativo si evince agevolmente il favor del legislatore verso questo strumento, nell'ottica di un potenziamento del suo raggio d'azione e di un utilizzo sempre più diffuso in maniera particolare nell'ambito delle sinergie fra enti locali. Infatti, come è noto, la disciplina originaria della l. n. 241/1990 imponeva alla decisione ultima il principio di unanimità degli assensi, tanto che un eventuale dissenso di una p.a. intervenuta alla conferenza costringeva l'amministrazione procedente ad abbandonare questa strada, tornando alle vie ordinarie. Tale situazione è stata sottoposta ad una profonda rimeditazione: infatti, la dottrina più avveduta, accogliendo le sollecitazioni provenienti soprattutto dalle amministrazioni procedenti, ha iniziato a sottoporre a vaglio critico la rigida regola della unanimità,

che penalizzava in misura eccessiva i paradigmi di celerità ed efficienza dell'azione dei pubblici poteri. Un primo correttivo a tale sistema è stato posto dalla l. n. 537/1993, consentendo che un eventuale dissenso espresso in sede di conferenza potesse essere superato mediante la devoluzione della questione al Presidente del Consiglio dei Ministri. Tuttavia, la genericità della formula normativa, che imponeva un intervento presidenziale anche per i casi di conferenza di servizi di livello «locale», rischiava di edificare pericolosi contrasti con riferimento al riparto di competenze fra Stato, Regioni ed enti locali, materia in magmatica evoluzione a seguito dei recenti e numerosi interventi della Corte costituzionale: cfr. Sgroi, La conferenza di servizi tra semplificazione procedimentale e amplificazione delle competenze, UA, 2002, 1075 ss. Un ulteriore correttivo al sopraindicato sistema è stato posto, come è noto, dalla legge Bassanini (l. n. 127/1997), che ha previsto in capo all'organo sovraordinato (quindi, non più solo il Presidente del Consiglio dei Ministri, ma anche il Presidente della Regione o il Sindaco a seconda dell'ampiezza della conferenza di servizi) un potere di sospensione da esercitarsi entro trenta giorni dalla ricezione del provvedimento conclusivo della conferenza che non avesse trovato l'unanimità degli assensi: cfr. Cartei, «Servizi (conferenza di)», in Digesto/pubbl., XIV, Torino; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 28-2-2002, n. 888, FA Tar, 2002, 392, 839 ss., con nota di Taccogna. L'assestamento definitivo, a prescindere dai marginali aggiustamenti operati dalla l. n. 191/1998, si è avuto con la l. n. 340/2000, che ha sostituito il canone dell'unanimità col principio della maggioranza dei consensi.

(276) Come è noto, in alcuni casi il dissenso di una delle amministrazioni coinvolte impedisce il concludersi della conferenza di servizi: si tratta dei c.d. dissensi qualificati, per effetto dei quali la decisione oggetto della conferenza viene rimessa ad altro e superiore livello di governo. Anche in questo ambito la legge di riforma introduce alcune significative novità: il dissenso qualificato può provenire, oltre che dalle amministrazioni previste dalla precedente disciplina (e cioè quelle preposte alla tutela della salute e alla tutela ambientale, paesaggistico, territoriale, del patrimonio storico-artistico), da quelle preposte alla tutela della pubblica incolumità (art. 14 quater, 3° co.; 14 ter, 5° co.; 14 bis, 3° co.). Conseguentemente, il dissenso qualificato può ora provenire anche dalle forze dell'ordine, dagli uffici della protezione civile, dai vigili del fuoco, dal Corpo forestale dello Stato, ecc. In tali casi se il dissenso si determina tra amministrazioni statali competente a decidere sarà il Consiglio dei Ministri; mentre se il dissenso è tra amministrazioni statali e regionali, o tra amministrazioni regionali, la decisione è rimessa alla Conferenza Stato-Regioni; ovvero alla Conferenza unificata se, poi, il dissenso intercorra tra amministrazioni statali o regionali e amministrazioni locali, o tra più enti locali la decisione sarà adottata dalla Conferenza unificata.

Alle conferenze è, inoltre, rimessa la decisione in caso di dissenso espresso da una Regione in una delle materie di propria competenza; alla Conferenza Stato-Regioni, se il dissenso sorge tra una amministrazione statale e una regionale o tra più amministrazioni regionali; alla Conferenza unificata qualora il dissenso riguardi una Regione ed un ente locale. Sono previsti specifici termini entro cui le Conferenze devono pronunciarsi, altrimenti si potrà rimettere la questione al Consiglio dei Ministri, se si tratta di materie di esclusiva attribuzione statale, sia in ambito legislativo (art. 117, 2° co., Cost.) sia in ambito amministrativo (art. 118 Cost.); e alle

competenti giunte regionali negli altri casi. Tale disciplina non si applica se il dissenso riguardi amministrazioni regionali, nell'ambito di intese previste dall'art. 117, 8° co., Cost., ratificate con legge dalle Regioni interessate.

(277) Cfr. Crisafulli, Conseguenze giuridiche dell'atto di dissenso espresso in seno alla conferenza di servizi, nota a T.A.R. Liguria, 23-11-1999, n. 485, UA, 2000, n. 3-4, 1008 ss.

(278) Per l'interessante questione della possibilità di delegare agli organi politici la partecipazione alla conferenza, cfr. C. St., sent. n. 8080/2003, DeG, 2003, 52 ss.

(279) Secondo Spasiano, Organizzazione e risultato amministrativo, in Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 356, l'evoluzione subita dalla conferenza di servizi - nel cui ambito si è prima legittimato il principio di maggioranza e poi l'esercizio dei poteri sostitutivi - «non corrisponde a quanto l'amministrazione di risultato presuppone. Il risultato, infatti, non è il conseguimento di un'utilitas purché sia, ma il frutto di una giusta ponderazione di tutti i beni ed interessi coinvolti: processo che pretende certezza del diritto, ossia adeguata conoscenza dell'effettivo fondamento giuridico delle aspettative del cittadino».

(280) Del resto, il raggiungimento degli obiettivi espressi in sede di conferenza risulta agevolato da una serie di disposizioni di cui agli artt. 14 ss. l. cit.: si pensi, ad esempio, alla norma che impone alla conferenza di servizi di attendere la valutazione d'impatto ambientale, ove prevista, prima di procedere nei lavori; all'acquisizione tacita dell'assenso; e così via.

(281) Cfr. C. St., sez. II, 6-2-2002, n. 2457, RGAmb, 2002, 757 ss.

(282) Cfr. per le conseguenze processuali C. St., sez. VI, 17-5-2002, n. 2696, FA C. St., 2002, 1321 (s.m.).

(283) Cfr. sulla natura dei pareri in conferenza C. St., sez. V, 13-3-2002, n. 1500, FA C. St., 2002, 677 (s.m.).

(284) Cfr. C. St., sez. VI, 15-5-2002, n. 2634, FA C. St., 2002, 1309 (s.m.).

(285) Cfr. T.A.R. Liguria, sez. I, 19-4-2002, n. 455, FA Tar, 2002, 1245 (s.m.).

(286) Pastori, Conferenza di servizi e pluralismo autonomistico, Re, 1993, 1564 ss.

(287) In ordine agli effetti della l. n. 15/2005 sulle garanzie del privato cfr. Romano Tassone, Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/90, cit., 5-6, secondo cui, se da un lato vi è stata una riduzione delle forme di tutela riflessa del cittadino, in cui la protezione dell'interesse privato è in stretta dipendenza da esigenze di interesse pubblico - determinata dal cambiamento di tale interesse pubblico -, dall'altro lato sono stati in compenso introdotti congegni fondati sulla considerazione diretta dell'intrinseca meritevolezza di realizzazione dell'interesse materiale del cittadino. Secondo l'A. la novella contiene forse una sola norma in cui si determina una netta subordinazione dell'interesse sostanziale del cittadino rispetto all'interesse pubblico: si tratta della disposizione sulla revoca, se interpretata nel senso del riconoscimento della possibilità di ritirare, perché inopportuni, anche i provvedimenti autorizzativi.

(288) L'importanza del riferimento ad un determinato modello giuridico di amministrazione piuttosto che ad un altro è evidenziato anche da Cognetti, Procedura

amministrativa e amministrazione di risultati, in Principio di legalità e Amministrazione di risultati, cit., 237, secondo cui quanto più l'azione amministrativa - rimanendo ancorato al modello tradizionale e autoritativo dell'«Angriffverwaltung» - incide su diritti ed interessi dei privati, tanto più è necessario tutelare adeguatamente, a livello procedimentale o processuale, le posizioni di questi ultimi con trasparenza ed equità. Quanto più, invece, l'amministrazione tende ad avvicinarsi al modello di prestazione di servizi («Leistungsverwaltung»), tanto più sussiste la preoccupazione di garantire la qualità degli stessi sotto il profilo della efficienza, efficacia ed economicità, con conseguente arretramento delle regole dettate dalla logica del procedimento. L'A. precisa che nella realtà amministrativa i due sopra indicati modelli non sono presenti in maniera univoca, ma spesso si presentano in modo ibrido e complesso: sicché non si può negare il valore del risultato anche in caso di un'attività amministrativa fortemente procedimentalizzata, né, d'altro canto, si può escludere il valore delle procedure e delle garanzie in un modello amministrativo di sola prestazione di servizi. Conseguentemente, secondo l'A. è necessario creare le premesse, in ossequio al dettato dell'art. 97, 1° co., Cost., per favorire l'armonizzazione tra i due modelli considerati: in tal senso condizione essenziale per l'armonizzazione dei due modelli è concepire il procedimento, con le relative garanzie, non più a livello esclusivamente formale, ma anche sostanziale.

(289) In questi termini Marrama, op. cit., 74, secondo cui, inoltre, se da un lato non è facile individuare formule o modelli giuridici che possono assicurare il pieno soddisfacimento dell'esigenza indicata nel testo, dall'altro lato non si può non propendere per un modello di amministrazione «che privilegi il coordinamento ed il concerto delle autorità, la collegialità, la direzione per obiettivi e che sia attrezzata, sia sotto il profilo del personale che in ordine alle strutture, per una adeguata ed abituale azione programmatica sia interna che esterna». Più in generale, cfr. Cassese, Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo, RTDP, 2000, 34 ss.; M. Ferrarese, Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale, Bologna, 2000; Id., Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni, Bologna, 2002; Hart, The concept of law, 1961, trad. it., Il concetto di diritto, Torino, 1965, 153 ss.; Manganaro, Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa, Napoli, 2000; Pizzorusso, «Certezza del diritto. Profili applicativi», in Enc. giur., VI, Roma, 1988, 2; Kelsen, La dottrina pura del diritto (trad. it.), Torino, 1966.

(290) Rileva Figorilli, Il contraddittorio nel procedimento amministrativo, Napoli, 1996, 239 ss., che il rapporto tra amministrazione e cittadini ha subito un profondo capovolgimento, proprio perché si è spostato il fulcro dell'attività amministrativa autoritativa dall'atto conclusivo alla precedente fase della formazione della decisione: «è profonda indubbiamente la modificazione del sistema e una sua attuazione completa potrà realizzarsi solo gradualmente. Laddove il comando legislativo viene rispettato favorendo la massima rappresentazione delle differenti situazioni soggettive coinvolte dall'esercizio della potestà, si determina una migliore soddisfazione del pubblico interesse, sancendo il passaggio da un'amministrazione di tipo monologico ad una di tipo dialogico».

(291) Sul tema relativo all'amministrazione di risultato è inevitabile il rinvio ai numerosi lavori di Lucio Iannotta, i quali costituiscono importanti punti di riferimento sulla tematica in oggetto: cfr. Iannotta, Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative, in Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 433 ss.; Id., Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali, DAm, 2003, 133 ss.; Id., Costruzione del « futuro» delle decisioni e Giustizia nell'amministrazione di risultato, in AA.VV., Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato, Torino, 2003, 3 ss.; Id., La decisione giuridica, in AA.VV., Il processo decisionale, Napoli, 2000, 97 ss.; Id., Principio di legalità e amministrazione di risultato, in AA.VV., Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti, cit., 37 ss.; Id., Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni, DAmm, 1999, 57 ss.; Id., La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto, DPrA, 1998, 299 ss.; Id., Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo, tra essere e divenire, DAmm, 1996, 579 ss.

(292) Non vi è dubbio che uno degli aspetti principali della nuova p.a. è rappresentato proprio dal doveroso conseguimento del risultato la cui rilevanza giuridica non si limita solo ad alcuni ambiti dell'amministrazione, ma - come detto - afferisce a tutte le sue componenti e forme di manifestazione. Si è affermato che «la formula "amministrazione per risultati" (e forse, meglio, "di risultato")... non ha (più) la veste originaria di espressione sinteticamente descrittiva di un processo di trasformazione dei caratteri dell'amministrazione contemporanea (in contrapposizione alla c.d. "amministrazione per atti"), ma esprime (si vuole che esprima) ormai un vero e proprio nucleo normativo, di valore propriamente costituzionale, alla cui stregua ci si propone di inquadrare e risolvere la disciplina positiva dell'intero diritto amministrativo italiano»: così testualmente Romano Tassone, Amministrazione «di risultato» e provvedimento amministrativo, in Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 1, che evidenzia come una prima positivizzazione di tale nucleo si è già avuta sul piano della responsabilità, mentre, quanto al «risultato», vi fa espresso riferimento la valutazione complessiva dell'attività del dirigente pubblico. L'A. rileva che ciò non è il punto d'arrivo della vicenda giuridica considerata, perché sempre più spesso tale formula viene invocata anche nell'ambito del provvedimento amministrativo e della sua validità: tuttavia, mentre sul piano della responsabilità la teoria del «risultato» non pone particolari problemi, sul piano, invece, del provvedimento si incontrano maggiori resistenze.

(293) Si è opportunamente affermato che tale forma di amministrazione pubblica è contraddistinta, in particolare, da un vero e proprio dovere giuridico - e, quindi, non più solo socio-politico né solo interno - «di raggiungere presto, bene, con economicità e con trasparenza risultati concreti, corrispondenti agli interessi determinati dalla legge e agli obiettivi definiti dalla stessa amministrazione attraverso la funzione di indirizzo politico-amministrativo»: in questi termini Iannotta, Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative, cit., 435. Efficacia, economicità, trasparenza, tempestività, qualità e quantità ineriscono all'aspetto tecnico ed economico dell'amministrazione di risultato: le relative regole ormai costituiscono parametri giuridici delle decisioni tecniche, la cui sindacabilità, riconosciuta dalla giurisprudenza

amministrativa, è stata ammessa anche dal legislatore (l. n. 205/2000), estendendo la consulenza tecnica alla giurisdizione generale di legittimità. La giurisdizione di legittimità, anche per effetto dell'estensione della consulenza tecnica, è divenuta giurisdizione piena: in merito Police, Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. I. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo, Padova, 2000; Id., Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. II. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva, Padova, 2001; Id., L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi cosiddetti formali e vizi sostanziali, cit., 754 ss. Secondo Benvenuti, Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo, Milano, 2003, l'ammissione della consulenza tecnica nel giudizio amministrativo ha tolto il velo dell'intoccabilità del merito amministrativo.

(294) Così Pastori, Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e amministrazione, in Scritti in onore di P. Virga, II, Milano, 1994, 1308 ss. Rileva Cavallo, op. cit., 331, che l'obbligo generale di buon andamento «impone la soluzione che, al tempo stesso, sia la più efficiente in quanto la più economica».

(295) Rileva opportunamente Pugliese, Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica, cit., 97, che «la consensualità ha radici nella democraticità dell'ordinamento generale e dell'ordinamento amministrativo (amministrazione paritaria e di servizio), nella pluralità degli ordinamenti giuridici che devono abbracciarsi anziché» stare in conflitto.

(296) Afferma Figorilli, Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati, in Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 218-219, che la denuncia di inizio attività «sembra più legata ad un'idea di amministrazione di risultato intesa come immediato conseguimento del bene - consistente nell'immediata possibilità di realizzare l'intervento, come si è avuto modo di constatare in materia edilizia - nel rispetto del principio di legalità, garantito comunque dall'osservanza delle regole procedurali ad essa preordinate; il silenzio assenso, invece, è in grado di combinare l'idea "tradizionale" di risultato, come ponderazione degli interessi coinvolti e proporzionalità dell'azione amministrativa, con il suo significato più attuale», di concreta soddisfazione dell'interesse del cittadino.

(297) M. A. Sandulli, Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati, in Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 232, rileva che l'analisi dei vari tentativi di semplificare l'attività amministrativa, accelerando o sopprimendo requisiti formali e garanzie del procedimento, ne dimostra la profonda antitesi con ogni aspettativa di «buon risultato», suggerendo la riflessione che la ricerca di un buon risultato non può significare abbreviare i termini, ma piuttosto facilitare l'esercizio dell'azione amministrativa, attraverso regole più chiare che, pertanto, riducano i conflitti e i contenziosi.

(298) C. St., sez. IV, 20-9-2005, n. 4836, cit., icasticamente parla di «piena visibilità» dell'azione amministrativa.

(299) Per soddisfare compiutamente l'esigenza di trasparenza indicata nel testo è necessario in altri termini «tradurre le "idee" in immagini, parole, suoni, colori, in rappresentazioni vive - anche se in vitro - della viva realtà facendone per così dire

pensiero tri/quadri dimensionale - nello spazio e nel tempo - e, quindi, semplice e chiara manifestazione anticipata di ciò che dovrà essere, offrendola all'osservazione di tutte le persone ricomprese nel raggio d'azione della decisione-progetto di risultato»: così Iannotta, Costruzione del «futuro», cit., 24. In merito cfr. anche Gambardella, Rappresentare è progettare (il Cilento dei mulini), in AA.VV., Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato, Torino, 2003, 109 ss. Più di recente si è evidenziato come dall'ordinamento europeo emerga un vero e proprio diritto alla contemplazione del cielo stellato, fortemente messo in crisi dall'inquinamento luminoso.

(300) In tale contesto, il risultato va rapportato alla concreta realtà delle cose, proiettando la decisione nel tempo e nello spazio: «in sintesi ogni risultato, come ogni diritto, concerne cose e consiste in cose: cose in senso ampio e quindi res (corporales o incorporales), personae e actiones». Così Iannotta, Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative, cit., 455.

(301) Rileva Romano Tassone, Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo, cit., 7, che è possibile operare una valutazione probabilistica quantitativa «solo all'interno di un quadro già delimitato da opzioni finalistiche che appaiono essenziali a ridurne l'altrimenti insondabile complessità». In effetti, secondo l'A. (ivi, 4) il tema della conoscibilità e prevedibilità del risultato - collocato quest'ultimo sul piano non dell'incerto futuro ma dell'accertabile presente -, può reggere soltanto se rapportato alla salvaguardia dei diritti fondamentali della persona umana, di pressoché universale condivisione. Al di fuori di tale contesto, invece, diviene difficile superare le difficoltà dell'aleatorietà di un «risultato» futuro attraverso un problematico consenso generalizzato. Secondo l'A., anche sul piano delle scelte operative concrete - e pur riconoscendo che esistono indiscutibilmente, ai fini della vita quotidiana, una serie di effetti che possono essere ricollegati ad una certa condotta - il problema si semplifica solo relativamente: vi sono, infatti, eventi che una condotta umana produrrà con quasi totale certezza ed altri, invece, che hanno una probabilità di verificarsi via via decrescente. Ad avviso dell'A., anche se la nozione di «risultato» viene riferita ai soli eventi prevedibili, essa è di tale ampiezza dal non poter essere praticamente utilizzata in quanto estremamente aleatoria.

(302) Ciò comporta per tale modello giuridico di amministrazione la necessità «di definire, in via preventiva, i canoni, i parametri, le regole della propria condotta futura, così da soddisfare l'esigenza degli amministrati di conoscere prima le modalità ed i limiti dell'esercizio effettivo del potere, necessaria anche ai fini della controllabilità della razionalità della procedura attraverso la quale la decisione stessa è stata assunta»: in questi termini Immordino, op. cit., 24.

(303) Zito, Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa, in Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 90, afferma che in ordine al problema della giustizia sostanziale «attraverso la costruzione di una teoria del risultato riferita all'azione amministrativa, si apre lo spiraglio giusto per innestare nella nostra scienza un problema centrale della riflessione culturale del nostro tempo». In effetti, l'A. rileva che nell'ambito del moderno modello di amministrazione pubblica le questioni di giustizia sostanziale e di equità, rispetto alla visione tradizionale, assumono un

proprio statuto giuridico, diventando componenti interne del fenomeno amministrativo, da cui discendono conseguenze giuridiche che operano direttamente sulla tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

(304) Unicamente per tale via sarà possibile dare una corretta e doverosa risposta agli intuibili interrogativi che in queste circostanze inevitabilmente vengono a porsi: cosa si vuole realizzare? Come, dove e quando si realizzerà? A cosa servirà? Con quali mezzi? Con quali e quante persone? Che dimensioni avrà? Quanto durerà? Comporterà vantaggi? A chi? Quanti? Creerà nuove opportunità di lavoro? La res da realizzare comporterà danni e di quale tipo? ecc. Più in generale rileva M. A. Sandulli, Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati, cit., 233, che parlare del moderno modello di amministrazione pubblica in un quadro costituzionale democratico e attento alle esigenze e ai diritti fondamentali dei cittadini è coerente se inteso «come volontà di raggiungere un quadro di regole quanto più possibile chiare anche nei fini, sì da consentirne all'operatore una lettura logica e non rigidamente formalistica. Non è, invece, ammissibile concepirla come libertà dell'amministrazione dalle regole, che rischia di aprire la strada a facili strapoteri».

(305) Secondo De Leonardis, Responsabilità dell'amministrazione e risultati, in Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 177, «accanto ai due elementi che costituiscono il tradizionale contenuto della motivazione ("i presupposti di fatto" e "le ragioni giuridiche") verrebbe ad acquisire rilievo un ulteriore elemento, che potrebbe essere definito come "prefigurazione delle conseguenze". Tale elemento dovrebbe essere ritenuto ormai un elemento di default di qualsiasi decisione amministrativa, non solo di quelle che si pongono alla fine di un procedimento nel quale gli interventori si sono spinti ad indicare all'amministrazione soluzioni alternative». L'A. evidenza come la validità della decisione amministrativa dipenda sempre più non solo da fatti antecedenti, ma anche dalla visione del risultato in corrispondenza al principio di funzionalità. In merito Police, La predeterminazione delle decisioni amministrative, cit., 153, sottolinea come la decisione in concreto assunta dalla p.a. deve essere preferita tra le altre, in quanto si prospetta come la più adeguata al caso concreto e la più soddisfacente nella situazione ambientale specifica, ai fini del raggiungimento di quei risultati di pubblico interesse cui essa è necessariamente rivolta. Secondo Romano Tassone, Contributo sull'irregolarità, cit., 74, «l'idoneità a cogliere e soddisfare tale interesse, frutto della sintesi di istanze in esso in vario modo coalescenti, rappresenta quindi l'essenziale requisito del provvedimento amministrativo». Secondo La Barbera, La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento, Torino, 2001, 18, «nell'ordinamento positivo la previsione degli effetti materiali delle decisioni amministrative costituisce un criterio generale della funzione amministrativa procedimentalizzata». Anche Bombardelli, Decisioni e pubblica amministrazione, Torino, 1996, XIX, 340, evidenzia l'importanza fondamentale che ricopre la prefigurazione dell'azione amministrativa.

(306) Evidenzia M. L. Bassi, Scelte di finanza e risultati, in Principio di legalità e amministrazione di risultati, cit., 205, che «la valutazione ex ante dell'azione finanziaria pubblica in materia di bilancio e di leggi di spesa realizzata in fase revisionale presenta requisiti di attendibilità e di precisione, in ogni caso, maggiori

dell'analisi quantitativa ex post dei risultati finanziari conseguiti che si presenta lacunosa e poco attendibile».

(307) Contieri, Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato, cit., 282, afferma che in relazione al principio di trasparenza indicato nel testo una notevole rilevanza deve essere riconosciuta anche agli accordi tra p.a. e privato: secondo l'A., l'introduzione di tali accordi comporta «il passaggio da una negoziazione occulta o comunque informale ad una contrattualità esplicita e codificata. L'art. 11 individua un modello consensuale grazie al quale possono uscire allo scoperto negoziazioni ed intese non ufficiali, da sempre ampiamente praticate praeter spesso addirittura contra legem. Negoziazione ed intese che divengono così conoscibili e verificabili. La trasparenza allora è un elemento di forza dell'accordo nella misura in cui fa entrare in un circuito giuridico, in un reticolo di diritti ed obblighi, pretese ed impegni non formalizzati. In definitiva, favorisce il risultato della tenuta e della stabilità dell'assetto di interessi concordato». In merito cfr. anche Corso, Gli accordi di programma, in L'accordo nell'azione amministrativa, cit., 51-52.

5. LE LINEE DI INDIRIZZO PER LA PREDISPOSIZIONE DEI PIANI DEI FABBISOGNI DI PERSONALE DA PARTE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

di Raffaele Guizzardi - Dirigente del Servizio Personale della Provincia di Modena

I contenuti delle linee di indirizzo per la predisposizione dei piani dei fabbisogni di personale, a distanza di quasi un anno dall'emanazione del D.Lgs. n. 75/2017, sono a questo punto noti, in attesa della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Gli Enti locali dovranno raccogliere la sfida approvando atti di recepimento tenendo conto di quanto applicare in punta di principio e quanto in punta di diritto.

Sommario: Premessa - I contenuti del D.Lgs. n. 75/2017 in sintesi - Le linee di indirizzo per la predisposizione dei piani dei fabbisogni da parte delle PPAA - La procedura - Limiti - Ulteriori elementi

Premessa

A seguito dell'emanazione della Legge 7 agosto 2015, n. 124 recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", in data 25 maggio 2018 è stato approvato il D.Lgs. n. 75 e successivamente pubblicato in G.U. in data 7 giugno 2017. La legge delega sopra citata si poneva l'obiettivo all'art. 17, comma 1, lett. q) di superare progressivamente la dotazione organica come limite alle assunzioni. Attraverso la modifica e l'integrazione dell'art. 6 del D.Lgs. n. 165/2001 per effetto dell'art. 4 del decreto sopra citato veniva introdotto il piano triennale dei fabbisogni.

Al di là della diversa denominazione dello strumento di programmazione, il principio basilare sul quale è costruito l'impianto in termini generali non parte più dal presupposto di costruire una dotazione di personale ottimale per l'erogazione dei servizi e l'espletamento delle funzionali istituzionali alle quali gli enti sono preposti, per poi andare alla relativa copertura nei limiti previsti dalle capacità assunzionali.

Tale filosofia era comunque mediata da norme che di fatto non consentivano un ampliamento indiscriminato della dotazione, quale ad esempio l'art. 19, comma 8, Legge n. 448/2001 che conteneva la previsione di come a decorrere dall'anno 2002 gli organi di revisione contabile degli Enti locali devono accertare che i documenti di programmazione del fabbisogno di personale siano improntati al rispetto del principio di riduzione complessiva della spesa e che eventuali deroghe a tale principio siano analiticamente motivate.

I contenuti della suddetta disposizione sono ripresi nell'art. 91 del D.Lgs. n. 267/2000.

La nuova indicazione espressa dal D.Lgs. n. 75/2017 va nella direzione, in un certo senso opposta, in quanto pare affermare che in relazione alla consistenza del personale in servizio, delle capacità assunzionali a qualsiasi titolo, e tenuto conto di quanto esperito attraverso le procedure di rilevazione delle eccedenze che possono impattare in termini di riduzione ulteriori di posti, le Amministrazioni organizzano le proprie strutture e conseguentemente le proprie attività in relazione e nei limiti di quanto contenuto nel piano triennale dei fabbisogni di personale.

La finalità di questa inversione di tendenza ha lo scopo di ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di *performance* organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi dei cittadini. In tale direzione è orientato anche il D.Lgs. n. 74/2017, altra gamba della cosiddetta riforma Madia che tende ad una maggiore valorizzazione rispetto al passato della *performance* organizzativa rispetto alla *performance* individuale, anche se tale indirizzo in realtà non è stato recepito dal nuovo CCNL relativo al personale del comparto delle funzioni locali del triennio 2016/2018 sottoscritto in data 21 maggio 2018.

Si fa riferimento in particolare non solo alla previsione complessivamente neutra contenuta nell'art. 68, commi 1 e 2, ma in particolare a quanto previsto dal comma 3 del medesimo articolo che, ponendo ancora una volta l'accento sulla *performance*individuale, stabilendo un limite minimo del 30% di utilizzo a tal fine di parte delle risorse variabili, elemento in relazione alla tipologia di risorse individuali non sostanziale, costituisce un messaggio di un non mutato indirizzo.

I contenuti del D.Lgs. n. 75/2017 in sintesi

Le nuove regole contenute nel D.Lgs. n. 75/2017 in tema di dotazione organiche e programmazione della spesa possono essere individuate nell'art. 4 che, oltre a modificare sostanzialmente l'art. 6 del D.Lgs. n. 165/2001, introduce l'art. 6 *bis* sostituendo al sistema delle dotazioni organiche quello del piano triennale dei fabbisogni da predisporsi ad opera dei singoli enti sulla base delle linee di indirizzo fissate con decreti del Ministero per la semplificazione e la PA di concerto con il Ministero dell'economia e finanze, nonché d'intesa con la Conferenza Unificata per quanto riguarda gli Enti Locali, nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica.

Gli enti in sede di definizione del piano indicano la consistenza della dotazione organica e la sua eventuale rimodulazione in base ai fabbisogni programmati e secondo le linee di in indirizzo sopra citate nell'ambito del potenziale limite finanziario della stessa.

Il decreto prevede altresì che le Amministrazioni pubbliche che non provvedono agli adempimenti previsti dall'art. 6 del D.Lgs. n. 165/2001 non possono assumere nuovo personale.

L'art. 22 del D.Lgs. n. 75/2017 che non impatta sul D.Lgs. n. 165/2001 dispone che le linee di indirizzo per la pianificazione del personale devono essere adottate entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore e che in sede di prima applicazione il divieto di assunzione sopra citato si applica a decorrere dal 30 marzo 2018 e comunque solo decorso il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione delle linee di indirizzo in parola.

Le linee di indirizzo per la predisposizione dei piani dei fabbisogni da parte delle PPAA

A seguito dell'intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata in data 19 aprile 2018 il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione di concerto con il Ministro dell'economia e finanze e con il Ministro per la salute, con riguardo alla parte riguardante le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale in data 8 maggio 2018 hanno emanato il decreto con il quale hanno approvato le linee di indirizzo per la predisposizione dei piani dei fabbisogni di personale da parte delle pubbliche amministrazioni.

Il decreto è successivamente inviato alla Corte dei conti per la registrazione prima di essere pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

L'intesa raggiunta in sede di conferenza unificata è stata il frutto di istanze degli Enti locali volte a garantire la propria autonomia regolamentare in materia, anche attraverso quanto indicato nel TUEL.

In particolare si evidenzia come in particolare il passaggio contenuto nel primo capitolo "Gli enti territoriali opereranno, altresì, nell'ambito dell'autonomia organizzativa ad essi riconosciuta dalle fonti normative, nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica" portano a ritenere che le linee di indirizzo in parola costituiscano principi più che prescrizioni, ai quali comunque gli Enti locali si dovranno adeguare.

Tale indicazione fa ritenere che alle autonomie locali siano ancora applicabili due disposizioni contenute nel TUEL e cioè l'art. 89, comma 5, che prevede che "Gli enti locali, nel rispetto dei princìpi fissati dal presente testo unico, provvedono alla rideterminazione delle proprie dotazioni organiche, nonché all'organizzazione e gestione del personale nell'àmbito della propria autonomia normativa ed organizzativa con i soli limiti derivanti dalle proprie capacità di bilancio e dalle esigenze di esercizio delle funzioni, dei servizi e dei compiti loro attribuiti..." e l'art. 91, comma 4, secondo il quale "Per gli Enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo".

In particolare questa ultima disposizione citata poteva apparire disapplicata con il nuovo sistema previsto dal D.Lgs. n. 75/2017, che vede anteporre le dinamiche di flessibilità del fabbisogno a quelle della dotazione organica. In realtà anche una recente sentenza della Cassazione civile (la 21 marzo 2018, n. 7054) ha visto

respingere un ricorso proprio in quanto ancora applicabile l'articolo del TUEL citato, in costanza della vigenza dell'art. 6 del D.Lgs. n. 165/2001.

La posizione della Suprema Corte si pone in continuità con precedenti sentenze del Consiglio di Stato (nn. 4361 e 4999 del 2014) e con la deliberazione n. 27/2015 della Corte dei conti sezione di controllo per il Friuli Venezia Giulia, che afferma come l'applicazione dell'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001 deve essere applicato nei limiti appunto della previsione dell'art. 91, comma 4, D.Lgs. n. 267/2000.

Gli EEnti locali in ogni caso dovranno adottare, entro sessanta giorni dalla pubblicazione delle linee guida, l'atto relativo al fabbisogno per non incorrere nel rischio di blocco delle assunzioni. Tale inibizione alle assunzioni si riflette sul triennio di riferimento del nuovo piano senza estendersi a quelle disposte precedentemente.

L'approvazione del fabbisogno dovrà essere coerente sia con i documenti di programmazione finanziaria e di bilancio tenendo conto che dovrà assurgere a strumento per meglio perseguire gli obiettivi di *performance* organizzativa, fermo restando che vengono fatti salvi i piani delle assunzioni precedentemente approvati.

L'ulteriore elemento contenuto nel decreto di natura programmatica è contenuta nel punto 2.1 "Il superamento della dotazione organica" nel quale viene data l'indicazione della necessità di assicurare coerenza tra il piano triennale dei fabbisogni e l'organizzazione degli uffici, da formalizzare con gli atti previsti dai rispettivi ordinamenti.

Va inoltre sottolineato, sempre nel contesto dei documenti di programmazione che gli Enti locali, fino al momento nel quale non viene approvato il PEG e ai sensi dell'art. 169, comma 3-*bis*, TUEL contestualmente il piano della *performance*, non potranno procedere ad assunzioni.

Gli elementi connessi alla programmazione sopra descritti consentono di definire quale potrebbe essere la procedura finalizzata all'approvazione del piano dei fabbisogni e dei documenti o atti che a cascata dovranno essere approvati o quanto meno come dovranno essere ampliati o modificati i contenuti di alcuni documenti di programmazione o gestione, alla luce di questa nuova disposizione normativa.

La procedura

Prima di effettuare una valutazione degli step necessari per addivenire alla predisposizione dei piani dei fabbisogni di personale è necessario comprendere a quali principi l'intero *iter* si deve ispirare.

Il decreto ministeriale in parola cita come attuali i criteri desumibili dalle misure già previste dall'art. 2, comma 10, D.L. n. 95/2012 e dall'art. 1, comma 404, Legge 27 dicembre 2006, n. 296 con particolare riferimento alla lettera f); norme che non erano applicabili alle autonomie locali, ma che comunque dovrebbero costituire criteri utili, soprattutto con riferimento alla razionalizzazione degli assetti organizzativi, da mutuare nell'ambito dell'autonomia organizzativa di ciascuna amministrazione. Si cita altresì, ancora una volta, lo snellimento delle strutture burocratico-amministrative, anche attraverso accorpamenti di uffici con l'obiettivo di ridurre l'incidenza percentuale delle posizioni dirigenziali in organico, quale orientamento da tenere in considerazione.

In linea di principio le amministrazioni dovranno pertanto in questo contesto:

- evitare le duplicazioni di uffici;
- stipulare l'accordi per l'esercizio unitario di funzioni;
- ridurre gli organici della dirigenza con particolare riferimento alle posizioni ricoperte da incarichi a contratto;
- ma soprattutto cercare di depotenziare le strutture delle funzioni di supporto a favore del potenziamento delle strutture tese a garantire l'erogazione dei servizi agli utenti.

Tali principi già in maggior parte applicati dagli Enti locali in quanto previsti dall'art. 1, comma 557, Legge n. 296/2006 in termini generali, per la riduzione della spesa di personale incontrano oggi una maggiore difficoltà di applicazione a seguito degli ulteriori adempimenti ai quali gli Enti locali sono tenuti a rispondere. Basti pensare a titolo esemplificativo a tutti gli adempimenti ulteriori, ai quali sono stati chiamati negli ultimi anni servizi di ragioneria o di direzione in relazione alle norme che si sono succedute sull'armonizzazione contabile e sulle società partecipate, o all'impatto delle riforme della Pubblica Amministrazione e del nuovo CCNL sui servizi del personale.

Il punto 4 delle linee di indirizzo lascia intendere che la prima fase da porre in essere consiste nella rilevazione delle eccedenze del personale, ai sensi di quanto previsto dall'art. 33 del D.Lgs. n. 165/2001.

L'indicazione che viene data al riguardo porta a ritenere che anche tale fase non si dovrebbe porre l'obiettivo di mero adempimento, ma di portare ad una revisione sostanziale della struttura se non dei profili professionali, in ordine alle mutate esigenze di contesto normativo, organizzativo o funzionale.

Tale processo potrebbe essere edulcorato da strategie ormai note quali ad esempio la mobilità interna ed in ogni caso viene richiesto agli enti di uscire dalla logica di semplice sostituzione delle singole unità di personale cessato.

La seconda fase è senz'altro l'approvazione del piano dei fabbisogni di personale.

Le linee di indirizzo definiscono il cosiddetto PTFP, come un atto di programmazione che deve esser adottato dal competente organo deputato all'esercizio delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo ai sensi dell'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 165/2001, secondo i rispettivi ordinamenti. Inoltre viene data l'indicazione che, secondo quanto previsto dall'art. 6, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001 che stabilisce come le altre amministrazioni pubbliche, diverse da quelle statali, abbiano una distinta disciplina, e che pertanto il piano triennale dei fabbisogni è adottato annualmente nel rispetto delle previsioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 6 predetto ed è approvato secondo le modalità previste dalla disciplina dei propri ordinamenti. Restano, pertanto, invariate le procedure di approvazione previste dalla legge e dalle fonti secondarie, nonché la specifica normativa di settore.

A tal fine si deve dedurre che la specifica normativa di settore alla quale devono fare riferimento gli enti locali non possa che essere l'art. 89 del TUEL e che pertanto tale documento possa rientrare nell'alveo dell'ordinamento degli uffici e dei servizi. L'organo competente alla approvazione del piano in parola è pertanto la Giunta comunale o il Presidente per le province.

Per quanto riguarda i contenuti del PTFP si evidenzia come il decreto non si limiti ad evidenziare che tale piano deve indicare le assunzioni a tempo indeterminato (vengono giustamente citate a tal fine anche le assunzioni delle categorie protette, o per mobilità, o ancora gli ingressi mediante utilizzo in posizione di comando), ma anche quelle a tempo determinato, nonché gli incarichi di lavoro autonomo, in quanto vengono a tal fine citati sia l'art. 36 che l'art. 7 del D.Lgs. n. 165/2001.

Mentre per quanto attiene l'inserimento delle assunzioni a tempo determinato già il CCNL 14 settembre 2000, così come l'art. 50 del nuovo CCNL 21 maggio 2018 nel quale si fa riferimento all'art. 6 del D.Lgs. n. 165/2001, prevedeva che tali tipologie di rapporto fossero ricomprese nella programmazione del fabbisogno di personale, l'elemento di novità è costituito dal fatto che tale documento deve contenere anche la programmazione dei rapporti derivanti da incarichi di lavoro autonomo e di collaborazione coordinata e continuativa.

Si ricorda a tal fine che per effetto dell'art. 46 del D.L. n. 112/2008 come modificato dalla Legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133 gli Enti locali sono già tenuti ad indicare il limite massimo per incarichi nell'ambito del bilancio di previsione (ora nel DUP) e pertanto in sede di prima applicazione del decreto, gli enti potrebbe fare riferimento per il 2018/2020 a quanto già indicato nei documenti di programmazione sopra indicati.

Limiti

Per quanto riguarda la "unità di misura" da prendere a riferimento per determinare il limite quantitativo complessivo del PTFP la direttiva fa riferimento al trattamento economico fondamentale di categoria e in caso di infracategoria anche alla relativa posizione economica coerentemente a quanto costituisce riferimento per la determinazione delle capacità assunzionali di ente.

Tale elemento però non appare avere caratteristica di omogeneità rispetto alla disposizione speciale prevista per gli Enti locali, in quanto, mentre per le Amministrazioni Pubbliche in generale si fa riferimento alla spesa potenziale massima come previsto dall'art. 20, comma 3, D.Lgs. n. 75/2017, per gli Eti locali si fa riferimento al limite di spesa consentito dalla legge, in quanto tale tipologia di ente è sottoposta a tetti di spesa del personale.

Il limite citato nella direttiva non può essere altro che la previsione contenuta nell'art. 1, comma 557, Legge n. 296/2006 e cioè la media della spesa nel triennio 2011/2013, che però comprende non solo il trattamento fondamentale ma anche l'accessorio, oltre ad altre tipologie di spesa del personale.

Al fine di evitare improbabili calcoli, gli enti comunque potrebbero assumere come limite il costo dell'ultima dotazione organica approvata (almeno con riferimento ai posti a tempo indeterminato, oltre ai rapporti di lavoro *ex* artt. 90 e 110, comma 1, TUEL), che costituisce il parametro utilizzato per le Amministrazioni statali per definire la spesa potenziale massima.

Gli ulteriori limiti sui quali la direttiva pone l'accento sono quelli noti, contenuti nell'art. 9, comma 28, D.L. n. 78/2010 con riferimento al lavoro flessibile e quelli contenuti nell'art. 14 del D.L. n. 66/2014 per gli incarichi di studio, ricerca e consulenza.

Ulteriori elementi

Un ulteriore problema che si pone alle Amministrazioni è costituito dalle relazioni sindacali. L'art. 6, comma 1, D.Lgs. n. 165/2001 prevede infatti che "Le Amministrazioni pubbliche definiscono l'organizzazione degli uffici per le finalità indicate all'art. 1, comma 1, adottando, in conformità al piano triennale dei fabbisogni di cui al comma 2, gli atti previsti dai rispettivi ordinamenti, previa informazione sindacale, ove prevista nei contratti collettivi nazionali".

In realtà il CCNL relativo alle funzioni locali del triennio 2016-2018 non prevede che tale materia sia oggetto di confronto previa informazione, se non l'eventuale individuazione dei profili professionali, già oggetto di concertazione prima delle disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 150/2009.

D'altronde l'art. 40, comma 1 del medesimo D.Lgs. n. 165/2001 stabilisce che sono escluse dalla contrattazione collettiva le materie attinenti all'organizzazione degli uffici e senz'altro tale piano, almeno nelle intenzioni del legislatore, deve avere un prevalente impatto su tale organizzazione.

Il cosiddetto piano assunzioni che ora deve essere contestualizzato all'interno del PTFP, che era una delle principali materie oggetto di discussione con le organizzazioni sindacali in questo momento pare non trovare una sede idonea.

Una volta approvato il PTFP tale documento dovrà essere pubblicato sul sito istituzionale.

A questo punto secondo i principi contenuti nelle linee di indirizzo e in relazione ai contenuti di altre disposizioni normative ed in particolare secondo quanto previsto dal D.Lgs. n. 118/2011 la parte correlata alla programmazione delle assunzioni, qualora integrata dovrà essere oggetto di modifica e integrazione al DUP.

In relazione poi alla coerenza che il PTFP deve avere con il piano della *performance* e con il PEG, in armonia con gli obiettivi generali ivi contenuti, sempre secondo quanto indicato dal decreto, ed in relazione alle attività e ai servizi erogati, tale piano si ritiene debba essere esploso nell'ambito degli obiettivi gestionali di ente evidenziando il personale che opera per il raggiungimento di ogni singolo *target*.

L'ultima annotazione riguarda la previsione dell'art. 6-*ter* del D.Lgs. n. 165/2001 introdotto dal D.Lgs. n. 75/2017 per effetto del quale le amministrazioni devono inviare i dati correlati al fabbisogno attraverso il sistema informativo del personale del Ministero dell'economia finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, di cui all'art. 60, in quanto dovranno essere predisposti modelli specifici per gli enti locali che saranno concordati con gli interlocutori istituzionali delle autonomie in relazione alle dimensioni e alle complessità degli enti.

Tale indicazione non esime gli Enti locali nel frattempo dall'obbligo di allegare il piano triennale del fabbisogno all'interno delle procedure definite con Circolare della Ragioneria Generale dello Stato 22 maggio 2018, n. 18 avente come oggetto "Il conto annuale 2017 - rilevazione prevista dal titolo V del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165".

6. PUBBLICO - Conferenza di servizi di Gerardo Soricelli
(Anno di pubblicazione: 2005)
Mostra bibliografia

Mostra riferimenti

Sommario: 1. Prolegòmeni e questioni terminologiche. - 2. Breve excursus storico sul disorganico panorama legislativo. - 3. Il volto del procedimento conferenziale tra semplificazione e cogestione di interessi dal vecchio al nuovo ordinamento. - 4. Le patologie del dissenso secondo la nuova impostazione della legge n. 340/2000. - 5. Il problema della natura giuridica della conferenza di servizi prima e dopo l'entrata in vigore della legge n. 340/2000. - 6. L'autonomia collaborativa delle pubbliche amministrazioni nelle dissonanze e consonanze tra conferenze di servizi e accordi di programma: strumenti differenziati con medesime finalità? - 7. Osservazioni conclusive. Alla ricerca dell'utilità permanente dell'istituto.

1. Prolegòmeni e questioni terminologiche.

Nella società contemporanea l'ordinamento riconosce l'esistenza di molteplici interessi come meritevoli di tutela; in molti casi, questi non sono individuati normativamente secondo una scala gerarchica ma sono posti sullo stesso piano e necessitano di apposita ponderazione e comparazione nella fase della loro concreta attuazione. L'esempio più lineare è offerto dal diritto pubblico, relativamente alla tutela degli interessi pubblici che è affidata dalla legge ad amministrazioni diverse, titolari di proprie competenze e articolate nelle più disparate forme organizzative.
Già questa prima considerazione mostra come l'atteggiarsi del cosiddetto policentrismo amministrativo si scontri sia con l'esigenza di unità «strutturale» dell'azione amministrativa che trova fondamento sia nell'art. 95 Cost. che con l'esigenza di unità «funzionale» di cui al successivo art. 97.
L'unità di indirizzo si configura attraverso un nuovo modus organizzativo di tipo orizzontale che consente il coordinamento procedimentale delle varie strutture amministrative, abbandonando il sistema di organizzazione gerarchica delle stesse. Il riferimento è ovviamente alla conferenza di servizi, figura paradigmatica del raccordo tra i diversi organi o poteri pubblici che svolge un ruolo importante per lo snellimento e la semplificazione del procedimento amministrativo, consentendo una valutazione contestuale degli interessi pubblici coinvolti in una data operazione amministrativa.
L'istituto in esame consente un coordinamento di tipo sostanziale avente ad oggetto il momento procedurale ed organizzativo dell'attività amministrativa.
Più in particolare, la conferenza di servizi si iscrive nel contesto del fenomeno organizzatorio che caratterizza l'attività della pubblica amministrazione volta al perseguimento del principio costituzionale del buon andamento e di imparzialità e della serie di principi «costituzionalmente derivati» quali l'efficienza, l'economicità, la celerità, la coesione, più direttamente percepibili quali parametri di riferimento dell'azione amministrativa. È parso così al legislatore di dover ricercare moduli organizzatori in grado di assicurare la pronta rispondenza dell'apparato amministrativo agli scopi perseguiti e alle proprie finalità istituzionali.

Questa evoluzione, che ha toccato la funzione amministrativa e, con essa, il principio di legalità, l'interpretazione dei principi costituzionali in tema di azione amministrativa, difese e garanzie dei cittadini, potere pubblico, insomma, tutto ciò che

ha riguardato l'agire amministrativo, prende le sue mosse da una rivisitazione dell'art. 97 Cost. Tale articolo costituisce lo snodo principale dell'evoluzione dell'amministrazione pubblica in quanto sottolinea l'importanza del legame consequenziale tra organizzazione proiettata sull'azione e realizzazione dei principi di buon andamento e di imparzialità. In buona sostanza, organizzazione amministrativa ed azione costituiscono un continuum alla stregua del quale identificare il concetto di funzione quale esercizio del potere. Nella ricostruzione giuridica della dogmatica della funzione amministrativa, il procedimento amministrativo viene così ad assumere il ruolo centrale di meccanismo di sintesi del pluralismo organizzativo, poiché esso è la chiave che permette il raffronto paritario degli interessi pubblici, collettivi, privati e sociali.

Quale luogo istituzionale per il coordinamento degli interessi pubblici, la conferenza di servizi costituisce uno strumento capace di assicurare in via ottimale il conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica operando una sorta di composizione «funzionale» del policentrismo amministrativo nell'ottica dell'efficientismo generalizzato. Un vero e proprio criterio-guida dell'attività amministrativa efficiente ed oggettivata. Per queste ragioni, la conferenza, più di ogni altro istituto procedimentale, costituisce una nuova «amministrazione», fondata sul momento organizzativo e procedurale, capace di coniugare risorse umane, obiettivi pubblici nell'ottica unitaria del rispetto dei canoni costituzionali.
Per poter affrontare proficuamente il tema della ricerca, sembra opportuno cercare di fornire una prima ed approssimativa definizione etimologica della conferenza di servizi.
Quindi, volendo privilegiare per il momento una chiave di ricerca esclusivamente logica e letterale che funga da presupposto per ulteriori sviluppi argomentativi, occorre chiarire preliminarmente che cosa si intenda per conferenza di servizi. Dal latino «conferre» che significa «portare insieme, riunire, contribuire», la conferenza di servizi s'identifica in un modulo procedimentale che coinvolge il coordinamento e la contestuale ponderazione-valutazione di tutti gli interessi pubblici in un unico spazio-temporale attraverso la trattazione di uno stesso affare amministrativo da parte di più soggetti pubblici interessati. Più nello specifico, il termine conferenza evoca l'idea di una riunione con caratteristiche di operatività tale da costituire piattaforma unitaria e programmatica di una serie di interventi finalizzati; il termine servizi è, invece, usato in senso lato come omnicomprensivo sia dei pubblici uffici interni che delle amministrazioni intese nella loro unitaria e notoria complessità (1).

Tradotta nel diritto pubblico, la conferenza di servizi assume i caratteri tipici di una procedimentalizzazione dell'azione amministrativa improntata, da un lato, ad assicurare certezza e garanzia ai raccordi tra amministrazioni pubbliche, dall'altro, a consentire efficienza ed efficacia alla stessa azione, per l'ottimale raggiungimento dell'interesse pubblico. Le chiavi di lettura dell'istituto sono, quindi, molteplici ma tutte, comunque, riconducibili al superiore principio del buon andamento sotto il profilo della semplificazione procedimentale. Non solo, ma, in questo contesto, la conferenza costituisce fattore creativo di una nuova discrezionalità; discrezionalità che

abbandona il concetto tipico di «ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario fatta per momenti temporalmente diversificati anche se coordinatamente intesi per assumere un suo autonomo significato nella valutazione comparativa, contestuale e globale degli interessi pubblici primari delle amministrazioni coinvolte.
Sembra di poter asserire, a riguardo, che la conferenza di servizi rappresenti attualmente una «regola procedimentale» che spinge l'agire amministrativo ad operare in modo coordinato e cooperativo, permettendo di sostituire la tradizionale sequenzialità seriale di atti «endocrini con una valutazione contestuale di tutti gli interessi pubblici in gioco» (2). Una sorta di modulo generale di coordinazione procedimentale che assume valenza organizzativa attraverso il concreto farsi di decisioni amministrative nel tentativo di ricomposizione e di ridistribuzione delle frammentate e disperse competenze dei soggetti pubblici partecipanti. Sotto questo profilo, la conferenza rappresenta, altresì, un istituto giuridico sovrapposto alla disciplina procedimentale e intesa a ridurne e concentrare le fasi in omaggio al principio generale di non aggravamento dell'attività amministrativa (art. 1, 2° co., l. n. 241/1990) (3).

In tema di conferenze di servizi, il legislatore è intervenuto a più riprese, dapprima con interventi settoriali, poi con una disciplina di carattere generale ancora oggi oggetto di rivisitazioni sostanziali che stanno alterando le originarie caratteristiche e le finalità della figura. Tutto questo perché la conferenza rappresenta uno dei sintomi più evidenti dell'enorme processo di trasformazione che, da alcuni anni, sta investendo l'articolazione dell'azione amministrativa: da sequenziale, verticale ed autoritativa a contestuale, orizzontale e coordinata. Pertanto, oltre che come semplice riunione di soggetti pubblici per un continuo coordinamento intorno ad un fine pubblico, la conferenza costituisce anche la naturale premessa per una soluzione convenzionale per le parti, tanto da meritarsi la natura di «accordi endoprocedimentali tra amministrazioni sostitutivi di atti del procedimento» (4).
Scopo del presente studio è quello di comprendere gli specifici spunti teorici ed applicativi dell'istituto così come si presenta nel panorama ordinamentale, ripercorrendo, per linee generali, l'analisi degli interventi normativi antecedenti e successivi alla l. 7-8-1990, n. 241 («Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»).
Una rapida rassegna di questi precedenti storici appare essere un utile viatico di avvicinamento alla comprensione giuridica del tema cui è dedicato il presente contributo.

2. Breve excursus storico sul disorganico panorama legislativo.

Dopo oltre dieci anni dalla sua entrata in vigore, può affermarsi che la l. 7-8-1990, n. 241 rappresenta una tappa di grande rilievo nell'evoluzione dell'ordinamento in materia di coordinamento inframministrativo. Essa infatti contiene una disciplina generale dell'istituto della conferenza di servizi che nettamente si contrappone ad una moltitudine di precedenti interventi legislativi settoriali, definisce il ruolo dei soggetti

pubblici coinvolti, risolve i contrasti tra amministrazioni, elimina la frammentazione delle diverse competenze. Nell'ordinamento amministrativo, la conferenza si caratterizza come istituto risalente, impostosi nelle prassi amministrative dei rapporti tra i diversi uffici della stessa amministrazione ed in particolare, nell'immediato dopoguerra, tra i diversi organi coinvolti nel procedimento di approvazione dei piani regolatori comunali. Così intesa, la conferenza si impone come mero strumento occasionale di coordinamento delle competenze interorganiche senza mai assurgere a modello stabile di semplificazione e di raccordo dell'azione amministrativa coinvolgente più apparati pubblici.
L'esigenza di una continua ricerca di coordinamento infrastrutturale a fini semplificatori dell'azione amministrativa nell'ottica di prevenzione dell'eccessiva frammentazione dei centri di interessi pubblici induce il legislatore a utilizzare la conferenza anche per i rapporti intersoggettivi.
Il primo richiamo ad una ricostruzione storica della conferenza di servizi si ha con la legge n. 1643/1962, che disciplina la «Istituzione dell'ente nazionale dell'energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche». In particolare l'art. 3, n. 7, di questa legge-delega detta una serie di principi e criteri direttivi in materia di organizzazione dell'ENEL, prevedendo «periodiche conferenze per la consultazione di rappresentanze locali ed, in particolare, delle Regioni, degli enti locali, delle organizzazione sindacali e dei corpi scientifici». Si ambisce così a creare un sistema di sinergie e di correlazioni tra l'ente, le altre istituzioni e le basi sociali al fine di valorizzare il momento partecipativo, nel rispetto del principio di democraticità dell'organizzazione. L'intenzione del legislatore è quella di creare una forma di «partecipazione» consultiva dei corpi sociali ed istituzionali rappresentativi dell'utenza alle scelte dell'ente. Un modello molto lontano da quello codificato dalla legge n. 241/1990. Con la legge n. 441/1987, di conversione del d.l. n. 361/1987 recante «disposizioni urgenti in materia di smaltimento di rifiuti», il legislatore apre al modulo procedurale della conferenza di servizi istruttoria, diretta ad un esame di progetti al fine di sveltire l'intero procedimento, senza intaccare le competenze regionali. La regione provvede all'istruttoria dei nuovi impianti di trattamento a stoccaggio dei rifiuti a mezzo di una conferenza di servizi a cui partecipano, oltre ai responsabili degli uffici regionali competenti, i rappresentanti degli enti locali interessati; segue l'approvazione della regione, entro centoventi giorni dalla data di presentazione del progetto. L'approvazione determina tre effetti fondamentali: sostituisce i vari atti di assenso, costituisce eventuale variante allo strumento urbanistico, comporta dichiarazione di pubblica utilità, d'urgenza e di indifferibilità dei lavori. In questa maniera si mira all'obiettivo di fornire una valutazione contestuale e definitiva dei diversi interessi pubblici in un'unica sede, con evidente economia di tempi e di risorse. L'art. 27 legge n. 67/1988 (legge finanziaria 1988) prevede, a sua volta, due specifiche ipotesi di conferenze di servizi. La disciplina è diretta ad assicurare la tempestiva esecuzione delle opere pubbliche in cui siano interessate più amministrazioni (anche solo perché competenti a fornire atti di assenso o pareri). Il 4° co. del citato art. 27 sembra individuare una tipica forma di conferenza-accordo di natura collaborativa in quanto attribuisce all'amministrazione competente la facoltà di convocare una conferenza di servizi con le amministrazioni, enti o soggetti

compartecipi alla realizzazione dell'opera o che siano tenuti a prestare la loro collaborazione per la realizzazione della stessa, per definire modalità e tempi in cui i partecipanti si impegnano ad eseguire gli interventi di propria competenza sulla base di un programma concordato tra tutte le parti intervenute. Più aderente all'attuale configurazione giuridica della conferenza di servizi il 2° co., in forza del quale è attribuito un potere sostitutivo al Presidente del Consiglio nella convocazione della conferenza, su richiesta dell'amministrazione competente, affinché ciascuna amministrazione assuma in quella sede le determinazioni positive o negative di propria competenza relative agli adempimenti mancanti. Analogo potere è conferito alle regioni in presenza di accertati inadempimenti procedurali da parte degli enti locali minori. Qui il modello conferenziale, per quanto maggiormente somigliante al modello codificato dalla legge n. 241/1990, si caratterizza principalmente per le sue finalità acceleratorie e semplificatorie. Sulla stessa linea si colloca la successiva previsione di cui alla legge n. 205/1989 di conversione del d.l. n. 121/1989 concernente gli interventi infrastrutturali per i campionati mondiali di calcio Italia '90. L'art. 2 riconosce al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di convocare una conferenza di servizi cui partecipano «i rappresentanti delle amministrazioni dello Stato e degli enti comunque tenuti ad adottare atti di intesa, nonché a rilasciare pareri, autorizzazioni, approvazioni, nulla-osta previsti dalle leggi statali e regionali». Tali atti sono sostituiti, ad ogni effetto, dall'unanime approvazione, in sede di conferenza, dei progetti esecutivi, i quali devono comunque conformarsi alle disposizioni relative ai vincoli archeologici, ambientali, storici, artistici e territoriali. Tale approvazione «comporta, per quanto occorra variazione anche integrativa agli strumenti urbanistici ed ai piani territoriali». In realtà, a ben vedere, in tale conferenza sembrano prevalere funzioni di amministrazione attiva di alto valore contenutistico tanto da scalfire l'autonomia comunale in materia di pianificazione urbanistica e territoriale (5). Da rilevare a riguardo un'importante pronuncia della Corte Costituzionale sulla legittimità costituzionale della legge n. 205/1989 per violazione del principio dell'autonomia comunale garantito dall'art. 128 Cost. (6). Prima dell'avvento della disciplina generale di cui alla legge n. 241/1990, il legislatore ha ritenuto opportuno intervenire ancora in sede settoriale con la legge n. 424/1989 (art. 1, 8° co.) recante «misure di sostegno per le attività economiche nelle aree interessate dagli eccezionali fenomeni di eutrofizzazione verificatisi nell'anno 1989 nel mare Adriatico». Sono previste ipotesi di conferenze in ognuna delle regioni interessate dal fenomeno e la peculiarità della conferenza sta nel fatto che l'approvazione all'unanimità dei componenti la conferenza dei progetti esecutivi è condizionata dalla verifica di compatibilità di tali progetti con i «programmi regionali di riqualificazione delle attività ricettive e turistiche» nonché nella conformazione alle «disposizioni relative ai vincoli archeologici, ambientali, storici, artistici e territoriali». Evidente l'analogia con le ipotesi precedenti pur in presenza di quella particolarità procedurale che ne fa un modello di coordinamento ad alta valenza preistruttoria.

Il quadro degli interventi normativi appena esposto, ispirato come si è detto ad una decisa semplificazione dell'azione amministrativa nell'ottica dell'attuazione del buon andamento amministrativo, si completa con la disciplina generale dell'istituto di cui all'art. 14 legge n. 241/1990 e succ. mod. Da rilevare, per ragioni di completezza

espositiva, l'art. 4 legge n. 396/1990 («Interventi per Roma, capitale della Repubblica») che prevede una deroga al potere ordinario di convocazione della conferenza di servizi (potere attribuito al Sindaco); anche qui l'approvazione unanime dei progetti esecutivi sostituisce gli atti di intesa, i pareri, le concessioni edilizie ecc. ecc. Anche la conferenza di servizi prevista nell'art. 2, 15° co., d.l. n. 386/1991 convertito in legge n. 25/1992 («alienazione di beni patrimoniali suscettibili di destinazione economica») si caratterizza per un'attribuzione politica del potere di convocazione (il Ministro delle Finanze convoca una conferenza di servizi al fine di individuare «beni patrimoniali dello Stato suscettibili di gestione economica» o diretta alienazione).

Infine, l'art. 34 d.lg. n. 267/2000 («Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali») contempla al 3° co. la possibilità di convocazione da parte del Presidente della regione o della provincia o del sindaco di una conferenza di servizi fra i rappresentanti di tutte le pubbliche amministrazioni interessate finalizzata a verificare le possibilità di concordare l'accordo di programma. Si tratta, come si evince con certezza dal dato testuale, di una conferenza di servizi «strumentale», dotata di carattere preparatorio e prodromica rispetto all'accordo e alla sua concreta fattibilità.
Ma, come si è potuto notare, nonostante la volontà del legislatore di perfezionare l'istituto sotto il profilo della conservazione della sistemazione dogmatica e teleologica, la conferenza resta tuttora un oggetto oscuro caratterizzato da una propria ambivalenza e da una intrinseca difficoltà di rassodarsi nella pratica utilizzazione (7).

3. Il volto del procedimento conferenziale tra semplificazione e cogestione di interessi dal vecchio al nuovo ordinamento.

L'istituto della conferenza di servizi è disciplinato negli articoli da 14 a 14 quater della legge n. 241/1990 e nel corso degli anni ha subìto notevoli rivisitazioni di struttura e di funzionamento, al punto da risultare, oggi, sostanzialmente diverso dall'originaria formulazione. Ad ogni buon conto, la rilevanza teorica e pratica dell'istituto, testimoniata dalle continue attenzioni del legislatore, dimostra l'importanza crescente che tale modulo di attività amministrativa va assumendo nelle ipotesi di procedimenti complessi, caratterizzati dalla compresenza di interessi pubblici plurimi, in relazione sia ai singoli provvedimenti finali che al risultato pratico da conseguire (8). Secondo autorevole dottrina, in ordine al risultato pratico da conseguire, sembra necessario introdurre una nuova nozione che può essere denominata operazione amministrativa, ad indicare le svariate attività necessarie per conseguire un determinato risultato concreto (9). La legge n. 241/1990 distingue due diverse tipologie di conferenze di servizi: la prima, «istruttoria», incentrata sull'analisi coordinata di interessi allorché sia opportuno effettuare un esame contestuale di vari interessi pubblici coinvolti in uno specifico procedimento amministrativo; la seconda, «decisoria», a cui si ricorre per consentire all'amministrazione procedente di acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche o di uffici della stessa amministrazione che curino interessi diversi. In sostanza, la conferenza

istruttoria si caratterizza per una più efficace ponderazione delle volontà espresse dalle singole amministrazioni che, chiamate ad effettuare le proprie valutazioni in modo contestuale e coordinato, hanno la possibilità di ponderare meglio gli interessi emergenti in gioco, «limitando gli effetti negativi di decisioni intrinsecamente conflittuali o, quanto meno, spostando il momento del confronto di tali interessi all'interno della fase procedimentale» (10). Diversamente, la conferenza di servizi decisoria è strumento organizzatorio finalizzato alla determinazione concordata tra le amministrazioni partecipanti idonea a sostituire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati, necessari all'emanazione del provvedimento finale. In questo contesto, il verbale conclusivo dei lavori della conferenza deve necessariamente tener luogo di tutti gli atti di assenso che, al di fuori della stessa conferenza, avrebbero dovuto essere singolarmente espressi ai fini dell'emanazione del provvedimento finale. Si parla, a riguardo di decisione pluristrutturata, in quanto il provvedimento finale, concordato sulla base degli assensi espressi in conferenza avrebbe l'effetto di sostituire le determinazioni delle amministrazioni partecipanti (11). Altri autori rinvengono nel dettato normativo una ulteriore tipologia di conferenza di servizi - la cosiddetta conferenza infraprocedimentale - che si caratterizzerebbe «per la circostanza che le valutazioni delle amministrazioni che si intendono coinvolgere non riguardano un unico procedimento, ma più procedimenti amministrativi connessi. Tale conferenza ha lo scopo di consentire all'amministrazione procedente di pervenire all'emanazione del provvedimento finale tenendo presenti le valutazioni di eventuali altre amministrazioni comunque coinvolte ed evitando la successiva insorgenza di possibili situazioni conflittuali» (12). Sulle delineate caratteristiche originarie dell'istituto si sono avuti i cambiamenti più significativi in materia per effetto dell'entrata in vigore della legge n. 340 del 2000, di modifica alla legge n. 241/1990, che ha ridisegnato le procedure di indizione, il funzionamento generale riguardante lo svolgimento dei lavori, gli effetti delle decisioni e la disciplina del dissenso.

A prescindere dalle modifiche di dettaglio, sicuramente importanti, la nuova stesura della norma realizza la volontà del legislatore di ridefinire le ipotesi applicative e il funzionamento della conferenza di servizi nel più vasto contesto risolutorio dei problemi del coordinamento dell'azione amministrativa.

Passando ad un esame analitico del novellato art. 14, occorre sottolineare la conferma «normativa» della conferenza come istituto ordinario del procedimento amministrativo a fase istruttoria complessa (art. 14, 1°, 2° e 3° co., l. n. 241/1990 come riformulato dall'art. 9 l. n. 340/2000). Tale conferma si evince dalla natura «aperta» della richiesta di indizione (da parte dell'amministrazione procedente o da parte di qualsiasi altra amministrazione coinvolta nel caso di lavori pubblici ex art. 7 l. n. 109 e succ. mod.) e dall'inciso «di regola».

La conferenza istruttoria diviene, così, il modello ordinario di organizzazione e gestione contestuale sia di più interessi pubblici coinvolti in uno stesso procedimento che di più interessi coinvolti in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati. È noto come tale tipo di conferenza costituisca un istituto al quale si ricorre nel caso sia opportuno acquisire fatti ed interessi pubblici per mezzo di una partecipazione contestuale delle pubbliche amministrazioni cui è affidata la cura di questi ultimi. Uno dei primi rilievi che emerge dal contesto di una

tale affermazione è la considerazione della natura «obbligatoria» o «facoltativa» dell'atto di indizione della conferenza di servizi. Più nello specifico occorre vedere se l'indizione della conferenza istruttoria rientri nella sfera di valutazione discrezionale della p.a. procedente o sia l'effetto di un obbligo legale di procedimento.

Secondo alcuni (13) l'ordinarietà dello strumento conferenziale (l'inciso «di regola» sembra deporre nel senso che il ricorso alla conferenza si atteggi a strumento ordinario dell'agire pubblico) qualificherebbe la non utilizzabilità dell'istituto in termini di urgenza e di eccezionalità tale da conferirle, implicitamente, il carattere della obbligatorietà. La tesi confermativa della obbligatorietà della conferenza istruttoria potrebbe, altresì, evincersi dalla obbligatorietà normativa della conferenza di servizi decisoria, operata dalla recente legge n. 340/2000. Ma, a ben vedere, l'esigenza di uniformità interpretativa non sembra in linea con la ratio del dato positivo in questione che sembra accogliere la natura facoltativa della conferenza istruttoria. Secondo altri, infine, l'amministrazione competente sarebbe titolare di un potere discrezionale sull'opportunità di indire la conferenza, valutazione non censurabile in alcun modo in quanto afferente al merito amministrativo: l'espressione «di regola» sarebbe il «mero appello di un legislatore didascalico» (14).

In effetti, stando al tenore letterale ed esplicito della norma, non sembra porsi in dubbio la natura facoltativa del coinvolgimento di altre pubbliche amministrazioni interessate nel procedimento. La norma parla di «opportunità del coinvolgimento» e, ponendo in relazione tale definizione con l'inciso «di regola» viene fuori che: «nel caso la p.a. si prospetti il problema del coinvolgimento di una pluralità di interessi pubblici, la stessa potrà ricercarne, di regola, la composizione con il ricorso allo strumento conferenziale». Si tratta, pertanto, di un potere discrezionale attribuito dalla legge all'amministrazione procedente subordinatamente all'accertamento del presupposto dell'esistenza di una pluralità di interessi non ponderabili unilateralmente per la loro complessità strutturale. D'altronde, la mancanza di una previsione espressa del legislatore nel senso della obbligatorietà dell'indizione di una conferenza di servizi istruttoria depone necessariamente per l'accoglimento della tesi opposta (15).

In questo ambito, l'amministrazione procedente emette il provvedimento finale (provvedimento monostrutturato), tenendo in debito conto le risultanze istruttorie emerse dalla complessità delle attività di ponderazione e comparazione degli interessi pubblici compresenti. Se ne può discostare motivando adeguatamente le ragioni di pubblico interesse e, nel caso in cui la stessa amministrazione abbia ingenerato legittimo affidamento nelle altre amministrazioni intervenute sulla base di intese informali, sarà tenuta al pagamento di un indennizzo in relazione dei pregiudizi verificatisi in danno dei soggetti partecipanti (applicazione del principio generale contenuto nell'art. 11, 4° co., l. n. 241/1990).
Questo significa conferire giuridicità ed effettività alle attività conferenziali, troppo spesso rimaste inattuate nella loro pratica utilizzabilità (16).
Ulteriore problema più immediatamente percepibile risiede nella individuazione dei soggetti ammessi alla conferenza, posto che la terminologia («effettuazione dell'esame

contestuale degli interessi pubblici») utilizzata nella normativa sembra essere preclusiva della partecipazione dei privati. In effetti, però, ad un'attenta analisi dell'art. 14 della legge, e, nel contesto di una nuova amministrazione pubblica oggettivata e funzionalizzata, non può disconoscersi la rilevanza giuridica della partecipazione alla conferenza da parte di soggetti privati qualificati dalla titolarità di attività preordinate alla cura concreta di interessi pubblici.

Peraltro, l'enunciazione dei principi generali in materia di configurazione strutturale e funzionale della conferenza contenuti nella normativa vigente non impedisce la previsione di modelli conferenziali più elastici, fondati sulla partecipazione dei privati, data la ratio della «funzionalizzazione» dell'acquisizione degli interessi pubblici alla «congruità» ed alla «ragionevolezza» del contenuto del provvedimento finale.
Un'altra delle novità più interessanti e potenzialmente valide dell'art. 14, 3° co., legge n. 241, come modificato dall'art. 9 legge n. 340/2000 è costituita da una nuova species categoriale di conferenza istruttoria: la conferenza funzionale a procedimenti collegati. I presupposti sono costituiti da: 1) unicità dei risultati o delle attività procedimentali, 2) la connessione procedimentale, 3) l'individuazione dell'interesse prevalente e la sua contestuale attribuzione normativa ad una amministrazione nella indizione della conferenza. Solo in presenza della contemporanea esistenza dei tre requisiti si avrà la conferenza di servizi di che trattasi.
All'interno della categoria predetta la legge, data la complessità istruttoria e procedimentale degli appalti pubblici, inserisce la conferenza funzionale a procedimenti collegati nella materia dei lavori pubblici, prevedendone l'indizione da parte dell'amministrazione procedente titolare dell'interesse prevalente ovvero da qualsiasi altra amministrazione coinvolta. Si tratta, qui, di una previsione di contenuto minimo, suscettibile di ampliamento ad opera delle specifiche leggi di settore in materia di lavori pubblici (art. 9 l. n. 340/2000).

Profonde modificazioni sono state poi apportate dalla legge n. 340/2000 alla cosiddetta «conferenza decisoria», indetta com'è noto per l'acquisizione di intese, concerti, nulla-osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche nel caso in cui, entro quindici giorni dalla richiesta, tali atti prodromici non possano essere ottenuti per le vie normali sequenziali. Le determinazioni in questa sede tengono conto degli atti di assenso comunque manifestati dalle amministrazioni partecipanti; l'elencazione non è ovviamente tassativa ma di mera esemplificazione in quanto si riferisce a tutte le manifestazioni di assenso giuridicamente valide e riconosciute come produttive di effetti giuridici positivi.

La determinazione finale è una decisione pluristrutturata, in quanto il provvedimento finale sostanzialmente collaborativo, recependo i consensi giuridicamente validi espressi in conferenza, sostituisce le determinazioni delle amministrazioni partecipanti (17). Dall'analisi del novellato art. 14, 2° co., legge n. 241/1990, si evince l'attuale obbligatorietà della convocazione della conferenza tutte le volte in cui l'amministrazione procedente non ottenga, nel termine ordinatorio di quindici giorni dall'inizio del procedimento, gli atti di assenso formalmente richiesti alle altre

pubbliche amministrazioni coinvolte. Il vecchio art. 14 legge n. 241/1990, prevedeva la convocazione facoltativa della conferenza in presenza della necessità di acquisizione degli atti di assenso predetti. L'obbligatorietà della conferenza decisoria è, quindi, subordinata ad una sorta di silenzio «procedimentale» che impedisce il naturale proseguimento dell'iter sequenziale verso il provvedimento unilaterale finale. Al ricorso di tali presupposti, la mancata indizione della conferenza potrebbe costituire un vizio di legittimità «per violazione della norma procedurale generale posta a regolamentare l'iter del procedimento» (18). La nuova formulazione spinge, però, a chiedersi se effettivamente l'inizio del procedimento ordinario costituisca un prius imprescindibile nell'attivazione del modello conferenziale. In realtà la lettera della legge sembra deporre in questo senso, anche se, a rigor di logica, la finalità di concentrazione dei procedimenti avanzata dalla conferenza di servizi ai fini di una maggiore velocizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa imporrebbe una utilizzazione obbligatoria dello strumento conferenziale alla sola presenza della necessità di acquisizione degli atti di assenso variamente denominati dalla norma. Tale assunto sembra essere maggiormente in linea con lo spirito della legge e dell'ottica della semplificazione dell'azione amministrativa.
Proseguendo nell'esame delle disposizioni introdotte dalla legge n. 340/2000 sulla nuova conferenza di servizi, si deve rilevare la presenza di una nuova forma di conferenza speciale di servizi che ha ad oggetto istanze o progetti preliminari (art. 10 l. n. 340/2000 che riscrive l'art. 14 bis l. n. 241/1990). La conferenza de qua costituisce un'anomalia rispetto alla tradizionale figura di conferenza.
Si assiste alla nascita di una nuova figura legale di conferenza di servizi informale con funzioni consultive con la quale le amministrazioni esprimono un avviso anticipato, prima della presentazione di un'istanza o di un progetto definitivo, al fine di verificare le condizioni per ottenere i necessari provvedimenti di consenso. Una tale conferenza assolve, secondo alcuni, ad un ruolo di mediazione, di stanza di compensazione che consente «alla parte istante di presentare un progetto definitivo i cui contenuti sono rafforzati da una previa intesa raggiunta in seno alla conferenza» (19). Altri individuano in essa un mezzo per conferire alle pubbliche amministrazioni un ruolo di «potenziale consulente istituzionale» per le imprese (20). In definitiva, ci sono le premesse per attribuire allo speciale istituto una natura «atipica» e preparatoria rispetto ad una futura decisione sostanzialmente pluristrutturata che tenga conto, cioè, dei consensi informali espressi in precedenza dalle amministrazioni coinvolte.
Una considerazione particolare è riservata dalla novella al procedimento della conferenza di servizi. L'art. 11 legge n. 340/2000 riscrive l'art. 14 ter legge n. 241/1990 dettando disposizioni di semplificazione procedurale ritagliate su tecniche organizzative sperimentate nel funzionamento degli organi collegiali.
Ci si riferisce, in particolare, alla novità di assoluto rilievo costituita dalla previsione della maggioranza per le determinazioni relative alla organizzazione della conferenza. L'ambito di tali determinazioni è, ovviamente, lasciato libero dal legislatore al potere di autorganizzazione dell'istituto. L'art. 11, infatti, pur precisando con scadenza temporale le fasi da seguire per poter pervenire alla determinazione finale, consente un importante spazio di manovra alla conferenza nella determinazione degli indirizzi organizzativi dei propri lavori, al fine di conferire al modello quell'autonomia

necessaria per poter perseguire gli obiettivi predeterminati dalla normativa di riferimento. Al di là del contenuto specifico delle singole disposizioni in materia, il dato che merita di essere sottolineato riguarda la perentorietà «speciale e atipica» dei termini previsti nel novellato art. 14 ter legge n. 241/1990. L'inutile decorso di tali termini fa scattare il meccanismo della determinazione unilaterale dell'amministrazione procedente ai sensi del 2° co. e ss. dell'art. 14 quater. Il meccanismo è simile a quello previsto nel previgente art. 14, co. 2 bis, il quale prevedeva il potere di assumere da parte dell'amministrazione procedente la determinazione finale, dandone comunicazione, a seconda delle ipotesi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Presidente della Regione ed al Sindaco ai fini dell'eventuale sospensione.
Ora, la conferenza adotta la decisione definitiva sulla base della maggioranza delle posizioni acquisite in sede di conferenza. Si tratta di una nuova prospettiva che, coniugando l'esigenza dell'efficienza e della razionalità dei servizi con quella delle garanzie, consente un adeguato snellimento delle tecniche burocratiche procedimentali.
Nei casi in cui sia richiesta **la V.I.A. (valutazione d'impatto ambientale),** la conferenza di servizi si esprime dopo aver acquisito la valutazione medesima. Se la V.I.A. non interviene nel termine previsto per l'adozione del relativo provvedimento, l'amministrazione competente si esprime in sede di conferenza di servizi, la quale si conclude nei trenta giorni successivi al termine predetto. La legge prevede una proroga, deliberata a maggioranza dei soggetti partecipanti alla conferenza, di altri trenta giorni in presenza della necessità di approfondimenti istruttori.
Si tratta di una evidente ipotesi di «aggravamento procedimentale necessitato» dovuto ad approfondimenti istruttori e rientrante, a pieno titolo, nella disposizione di cui all'art. 1, 2° co., legge n. 241/1990.

Le altre novità dell'art. 11 legge n. 340/2000 non assumono un particolare rilievo tranne che per alcune considerazioni.
l 6° co. disciplina la funzione partecipativa alla conferenza di servizi da parte del rappresentante legittimato, dall'organo competente, ad esprimere in modo vincolante la volontà dell'amministrazione su tutte le decisioni di competenza della stessa.
Qui appare lampante l'esistenza di una rappresentanza organica ex lege vincolata all'esercizio della singola funzione partecipativa. Il mancato esercizio della funzione nelle forme del dissenso esplicito (7° co.) o del dissenso implicito (7° co., ultimo periodo) comporta il silenzio assenso alla determinazione conclusiva della conferenza di servizi. Il successivo 8° co., prevede una richiesta di chiarimenti o di ulteriore documentazione da parte delle amministrazioni partecipanti ai proponenti dell'istanza o ai progettisti in caso di difficoltà istruttorie verificatesi in corso di istruttoria conferenziale. Il 9° co. sancisce la natura dichiarativa e riproduttiva del provvedimento finale in quanto conforme alla determinazione conclusiva della conferenza di servizi che sostituisce, a tutti gli effetti, gli atti di consenso tipizzati delle amministrazioni partecipanti alla conferenza.
Da rilevare, infine, il riconoscimento di una speciale misura di partecipazione costituita dal comportamento finalizzato a portare atti giuridici nella sfera di

conoscibilità del destinatario: la pubblicità del provvedimento finale concernente opere sottoposte a V.I.A. Qui la misura di partecipazione condiziona l'efficacia del provvedimento e rappresenta elemento costitutivo dell'effetto e della relativa fattispecie. In altri termini, l'effetto non si produce finché esse non si siano completate, ma decorre dal momento in cui la situazione di conoscibilità si è verificata (21).

4. Le patologie del dissenso secondo la nuova impostazione della legge n. 340/2000.

Proseguendo nell'analisi della riformulazione delle norme sulla conferenza di servizi, non meno interessante la questione della patologia dei dissensi espressi in sede di conferenza di servizi. Qui il legislatore ha cercato di limitare al massimo le ipotesi di stallo o di mancata conclusione della conferenza a causa del dissenso manifestato da uno o più partecipanti.

L'art. 14 quater, 1° co., legge n. 241/1990 riformulato dall'art. 12 legge n. 340/2000 detta una disciplina specifica del dissenso sottoponendolo ad una serie di condizioni di ammissibilità:

1) la contestualità della manifestazione negativa da parte del rappresentante dell'amministrazione regolarmente convocata con le manifestazioni di volontà delle altre amministrazioni. In definitiva, la rilevanza giuridica del dissenso avviene all'interno del procedimento conferenziale;

2) la motivazione obbligatoria del dissenso in applicazione del principio generale dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi sancito dall'art. 3 legge n. 241/1990;

3) la pertinenza delle questioni oggetto del dissenso manifestato nella conferenza con l'oggetto della stessa (c.d. principio del necessario rapporto di pertinenzialità all'oggetto del procedimento conferenziale).

La mancanza anche di uno solo di questi requisiti determina l'illegittimità del dissenso per violazione di legge o eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, impugnabile innanzi al giudice amministrativo se lesivo di situazioni giuridiche soggettive.

In caso di manifestazione legittima del dissenso da parte di una o più amministrazioni, l'amministrazione procedente assume comunque la determinazione di conclusione del procedimento sulla base della maggioranza delle decisioni espresse in sede di conferenza di servizi. La norma è volta a velocizzare la conferenza in presenza di dissensi, sempreché sussista la maggioranza delle posizioni espresse. Rispetto alla disciplina previgente, viene eliminato l'obbligo di comunicazione, ex art. 14 bis legge n. 241/1990, della determinazione conclusiva del procedimento al Presidente del consiglio (o in alternativa al Presidente della regione o al Sindaco) e la conseguente facoltà in capo a tali organismi di sospendere la determinazione dell'amministrazione procedente. L'art. 14 quater, 2° co., contiene un'ulteriore e fondamentale statuizione improntata alla semplificazione della procedura conferenziale in presenza di uno o più dissensi manifestati sulla proposta dell'amministrazione procedente.

In sostanza, se una o più amministrazioni hanno espresso nell'ambito della conferenza il proprio dissenso sulla proposta dell'amministrazione procedente, quest'ultima, entro il termine perentorio previsto per la conclusione della stessa conferenza,

provvede ad assumere comunque la determinazione conclusiva del procedimento al ricorrere della maggioranza delle posizioni espresse in sede di conferenza di servizi. La determinazione è immediatamente esecutiva. L'amministrazione dissenziente potrà eventualmente agire in giudizio per il ripristino dell'efficacia del dissenso manifestato e superato in sede di conferenza dalla maggioranza dei voti espressi, «tanto più tale facoltà è espressamente attribuita nell'ipotesi in cui il rappresentante dell'amministrazione non abbia espresso definitivamente la volontà della stessa in seno alla conferenza (art. 4 ter, 7° co., come modificato dall'art. 11 l. n. 340/2000)» (22).

Al contrario in forza del nuovo art. 14 quater, 3° co., se il dissenso è espresso da un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute, la determinazione finale è rimessa al Consiglio dei Ministri, ove l'amministrazione dissenziente o quella procedente sia un'amministrazione statale, oppure agli organi esecutivi degli enti territoriali negli altri casi. La presente disciplina introdotta dalla legge n. 340/2000 presenta profili differenti rispetto a quella precedente - ove l'intervento del Presidente del Consiglio, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, per superare il dissenso delle stesse amministrazioni - sia per le modalità di superamento del dissenso, sia per la distinzione tra il caso in cui a dissentire sia l'amministrazione statale o altre amministrazioni: secondo l'attuale disciplina il procedimento conferenziale si conclude, nella prima ipotesi, con l'intervento del Consiglio dei Ministri, mentre, nella seconda ipotesi, basta «l'intervento soprassessorio della giunta regionale, provinciale o comunale, a seconda della dimensione e dell'ambito dell'interesse curato dall'amministrazione procedente o da quella dissenziente» (23). La perplessità che alcuni Autori giustamente rilevano (24) si incentra sulla legittimità della sostituzione di atti eminentemente tecnici con decisioni politiche o quantomeno di «alta amministrazione», attesa l'esistenza del principio generale della separazione tra indirizzo politico e attività di gestione e attuazione. In realtà, la ratio di una tale scelta è indicata dal legislatore in una generica esigenza di ricondurre, in presenza di casi specifici, la funzione generale di direzione, di indirizzo, di coordinamento uniforme dell'attività amministrativa del Consiglio dei Ministri ad una serie di competenze amministrative attribuite ad una struttura, caratterizzando tale struttura non per la finalizzazione del suo operato pubblico ma per l'insieme delle competenze di cui è attributaria per legge. Sotto questo profilo, nulla vieta al Consiglio dei Ministri, in quanto massimo organo del potere esecutivo e vertice supremo dell'amministrazione, di attuare in via sostitutiva forme di coordinamento, adottando una decisione contestuale in ordine ad interessi diversi (25). Quindi, in presenza di interessi particolarmente «forti» come l'interesse all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio storico-artistico e alla salute è previsto il rimedio della rimessione della decisione all'autorità politica (art. 14 quater, 3°-4° co.). Secondo parte della dottrina, tale possibilità è particolarmente complessa quando l'amministrazione dissenziente appartenga ad un livello di governo diverso da quella procedente (è l'ipotesi del comune che dissenta dalle determinazioni adottate a maggioranza in una conferenza di servizi convocata da un'amministrazione statale) in quanto il ricorso a tale meccanismo «può alterare il riparto delle funzioni amministrative, definito a livello

costituzionale» (26). In questo contesto, l'operatività del principio della separazione tra indirizzo politico-amministrativo e gestione burocratica viene ad essere «sospeso» in presenza della necessità di tutela degli interessi a «forte» valenza costituzionale coinvolti in un procedimento «conferenziale».

5. Il problema della natura giuridica della conferenza di servizi prima e dopo l'entrata in vigore della legge n. 340/2000.

Il problema della natura giuridica della conferenza di servizi ha suscitato, soprattutto negli ultimi anni, notevole interesse tra gli studiosi, che sono giunti a conclusioni diverse a seconda delle diverse interpretazioni del dato normativo.
Il risultato è una ricca ed originale letteratura che sottolinea anche la rilevanza pratica del problema. La scarsità delle disposizioni legislative rapportata sia alla complessità dei profili operativi dell'istituto che alle difficoltà interpretative della disciplina non permettono, infatti, di risolvere adeguatamente il problema qualificatorio della conferenza di servizi tanto che, parte della dottrina, accogliendo la natura di organo collegiale imperfetto (27), ha ritenuto di poter ricorrere all'applicazione analogica di norme che regolano l'organizzazione degli organismi collegiali in generale. Di qui l'esigenza di approfondire la relativa tematica nel tentativo di pervenire, se non altro, ad un possibile inquadramento dell'istituto conferenziale entro schemi definitori rinvenibili nei dati positivi. Due sono i principali orientamenti sulla natura giuridica della conferenza di servizi decisoria (l'inquadramento della conferenza di servizi istruttoria non pone particolari problemi in quanto ben delineato nei suoi profili strutturali e funzionali): a) alcuni sostengono la natura di organo collegiale atipico, di carattere straordinario e, perciò, centro autonomo di imputazione formale; b) altri sottolineano la valenza organizzatoria della conferenza e, quindi, di mero modulo di gestione e di raccordo tra più organi privo di una propria individualità.

Nei primi commenti successivi all'entrata in vigore della legge n. 241/1990 era prevalsa la tesi favorevole alla qualificazione della conferenza di servizi come organo collegiale ed unico centro di imputazione volontaristica a legittimazione passiva autonoma (28). Anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale, fino dalle sue prime pronunce sulla configurazione giuridica dell'istituto conferenziale, aveva focalizzato la sua attenzione sulla valenza esterna della figura, qualificandola in termini soggettivistici come «organo misto» fondato sul principio della leale collaborazione tra i soggetti portatori di interessi coinvolti nel procedimento sotto il profilo della semplificazione e dello snellimento dell'azione amministrativa.
Più in particolare, la qualificazione di organo misto veniva concepita come mera soluzione organizzativa volta alla ricerca di speciali forme di collaborazione tra i livelli di governo dello Stato e della Regione, prima dell'adozione, da parte dello Stato, della decisione finale (29).

Nei suoi sviluppi successivi, la dottrina ribadiva sostanzialmente le posizioni della giurisprudenza costituzionale, pur andando oltre nelle sue teorizzazioni individuando

nella conferenza di servizi un organo collegiale non istituzionale e anomalo, disciplinato da regole incompatibili con quelle degli organi collegiali (30).
Altra dottrina, pur negando la rilevanza della conferenza come organo avente competenza esterna, richiamava le fattispecie degli accordi per definirne la natura giuridica. E ciò desumeva da una specifica interpretazione dell'art. 15, 1° co., legge n. 241/1990 dove si dispone che «anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune». Da ciò la scienza giuridica deduceva l'esistenza di un rapporto di «continenza» tra i due articoli richiamati che permetteva una logica identificazione della determinazione concordata della conferenza nell'accordo tra amministrazioni (31). Secondo un diverso percorso di analisi, altra opinione dottrinale negava la qualifica di accordo alla conferenza avvalendosi di sostanziali argomentazioni alquanto convincenti e probanti: l'art. 15 legge n. 241/1990 dispone solo che le conferenze possono essere strumento per concludere accordi (e non che esitano necessariamente in essi); il legislatore (art. 14) non ha parlato di «accordo», come invece negli artt. 11 e 15 legge n. 241/1990 ma di «determinazioni concordate»; l'art. 14, co. 3 e 3 bis, legge n. 241/1990 ammette la determinazione di conclusione del procedimento anche in assenza o contro le decisioni di una o più pubbliche amministrazioni. Ciò stride profondamente con il modo di formazione di un accordo (32).
Ma lo scenario era destinato ben presto a mutare nelle sue linee generali per effetto di nuove argomentazioni più convincenti sull'effettiva operatività ed utilità dello strumento conferenziale. Nuovi spunti di riflessioni venivano difatti offerti dalla stessa Corte Costituzionale che, in un'apposita sentenza (33), finiva per valorizzare, abbandonando lo studio degli aspetti meramente strutturali della conferenza di servizi, i profili funzionali di un apporto collaborativo più qualificato alla formulazione di una soluzione di comune soddisfazione.
In questo contesto si faceva strada una possibilità d'inquadramento della conferenza di servizi decisoria nel novero dei moduli organizzatori e procedimentali incentrati sul dialogo e sulla reciproca interlocuzione, preposti a sviluppare e rendere effettiva la cooperazione tra amministrazioni in vista di obiettivi comuni e nell'ottica del rispetto del principio costituzionale del buon andamento (art. 97). Di recente anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è attestata su posizioni simili a quelle sostenute dalla suprema Corte Costituzionale.
Più in particolare, i Giudici di Palazzo Spada hanno finito per riconoscere natura di modulo procedimentale alla conferenza di servizi, abbandonando la sua configurazione di ufficio speciale della pubblica amministrazione. Tale modulo di attività riverbera i suoi effetti (che sono di natura procedimentale) sull'atto finale ed impedisce la configurazione di una legittimazione passiva autonoma della conferenza con la conseguenza che le notifiche, al pari di quanto dovrebbe accadere nel caso di atti adottati al di fuori della conferenza, vengono fatte nei confronti dei soli soggetti che, in seno alla conferenza, hanno manifestato la propria volontà. Si tocca qui uno dei punti più delicati della materia: da un lato infatti nella conferenza si intravede un sistema di concentrazione di competenze e di interessi che non dà vita ad un centro unitario di imputazione giuridica ma ad uno strumento semplificatorio del

procedimento amministrativo; dall'altro è inevitabile che il modulo-conferenza finisca per rappresentare un meccanismo sostitutivo-innovatorio del tradizionale impianto procedimentale, una nuova funzione amministrativa, un sistema organizzatorio, cioè, capace di porre in essere fattispecie giuridiche perché fondato su una compresenza di coordinamento e di armonizzazione di attività esplicate da soggetti diversi (34). A riguardo non è senza rilievo che proprio il carattere concordato della decisione finale costituisca il frutto di un «modello procedimentale tipizzato e alternativo» che trova un suo iter peculiare, specifico, che plasma, nello svolgimento dell'attività amministrativa, i ruoli diversi degli attori pubblici partecipanti in relazione alla valutazione degli interessi pubblici in gioco e al risultato finale da perseguire. La conferenza di servizi diviene, così, la sede sia della concretizzazione della volontà astratta del legislatore che del superamento delle singole competenze in un reale ed effettivo coordinamento di principi e regole comuni.
Proprio per questo il modello conferenziale viene a costituire un esempio di novazione dell'organizzazione amministrativa per procedimenti e, più in generale, del procedere autoritativamente per sequenze. Con la conferenza scompare il peso del continuum «consuetudinario» tra organizzazione statica-organizzazione dinamica del procedimento e si accresce l'esigenza di soddisfare un nuova giuridicità del rapporto dinamico tra le amministrazioni partecipanti: il rapporto dell'agire in collegialità per sinergie e per interrelazioni consolidate nell'ambito di un con-sentire comune e finalizzato. Così inteso, lo strumento conferenziale favorisce un'elevata interscambiabilità organizzativa che consente di ricomporre le diverse competenze, responsabilità e relazioni organizzative in funzione del provvedimento finale dell'amministrazione procedente.
In questa prospettiva, la conferenza costituisce la struttura idonea al manifestarsi di tale nuova giuridicità, con tutto ciò che ne consegue in termini di riqualificazione della funzione amministrativa in senso collettivo. Conferenza di servizi intesa come modello di «Governance» (assetto autonomo ed istituzionale di interessi) e forma peculiare di esercizio del potere decisionale delle amministrazioni.
Tali considerazioni sembrano aver ispirato il legislatore dell'ennesima semplificazione (l. n. 340/2000) che, nel delineare le regole ed i principi della conferenza di servizi, si spinge oltre nella configurazione procedimentale dell'istituto avvicinandolo sensibilmente agli strumenti di organizzazione collegiale, sia pure con la cautela che una simile riflessione impone nel contesto della ratio funzionale della figura. Stando, infatti, alle rilevanti modifiche introdotte emergono sostanziali ambiguità nella corretta ricostruzione della natura giuridica della conferenza di servizi.

In definitiva, l'omissione del riferimento alla natura di accordo amministrativo della decisione finale adottata in sede di conferenza, l'applicabilità del principio maggioritario alle determinazioni relative all'organizzazione dei propri lavori, l'attribuzione di un potere decisionale, in caso di dissenso, in capo all'amministrazione procedente sulla base delle posizioni espresse a maggioranza in sede di conferenza sembrano assimilare l'istituto a un «vero e proprio collegio, seppure imperfetto, che si esprime a maggioranza dei presenti e la cui decisione finale assumerebbe la natura di vera e propria approvazione di una proposta di provvedimento» (35).

Parte della dottrina, pur riconoscendo l'applicabilità all'istituto delle norme relative al funzionamento degli organi collegiali, ritiene di dover qualificare la nuova conferenza come «organo straordinario di amministrazione, che decide a maggioranza indipendentemente dagli avvisi espressi dai singoli componenti in rappresentanza degli enti ed organi ordinariamente competenti ai fini dell'adozione di determinati provvedimenti o dell'assenso a specifiche iniziative» (36). L'accortezza e la cautela dimostrata fin qui dalla dottrina in merito alla qualificazione giuridica della struttura conferenziale si riflette sul contenuto elaborato nel dato positivo.

In questo contesto, infatti, la formulazione letterale della norma sembra spiegare l'istituto conferenziale in connessione con determinate forme di collegialità dell'agire amministrativo. Se qualche legittimo dubbio poteva sussistere sulla assimilabilità della conferenza al collegio secondo la descrizione effettuata dalla legge n. 241/1990 ante legge n. 340/2000, la recente legislazione non lascia adito a dubbi di sorta: la Conferenza è una struttura plurisoggettiva a valenza collegiale, con proprie regole e principi (dovrà essere precisata la regola della legittimazione passiva della conferenza!) ma con connotati distintivi tipici della collegialità. La determinazione conclusiva della conferenza di servizi costituisce un vero e proprio atto collegiale riferibile alla conferenza intesa nella sua unitarietà strutturale e funzionale. È noto come uno dei dati distintivi della collegialità sia rappresentato proprio dalla pluripersonalità intesa, quest'ultima, come pluralità di individui formanti un'unità giuridica ben precisa e definita (37).
Più precisamente la collegialità viene risolta nella «figura organizzatoria di composizione preventiva di interessi, ottenuta per il tramite della ricomprensione nel collegio dei portatori dei diversi interessi» (38). È la conferenza l'organo; alla conferenza, così come definita nella nuova legge n. 340 del 2000 sono conferiti i poteri; gli atti adottati sono atti della struttura conferenziale. Anche l'obbligatorietà della conferenza di servizi costituisce un connotato inconfondibile della sua collegialità come predeterminazione legale della composizione di interessi (39).
In questa prospettiva, la conferenza di servizi assume i connotati di un collegio tecnico-amministrativo caratterizzato dalla specialità del suo agire in maniera semplificata e razionale.
Una sorta di modello collegiale «semplificato» e «snello»; peculiare di quella nuova amministrazione «funzionale» che si sta imponendo con forza nelle dinamiche e nelle sinergie istituzionali degli ultimi tempi (speciali munera collegiali dove l'interesse pubblico di ogni componente è in funzione dell'interesse pubblico prevalente dell'amministrazione procedente).
Ma si tratta di una riflessione di prima istanza, una ipotesi di lavoro che dovrà essere suffragata dalla dottrina, dalla giurisprudenza e, soprattutto, dalle prassi applicative sempre più esigenti e complesse.

6. L'autonomia collaborativa delle pubbliche amministrazioni nelle dissonanze e consonanze tra conferenze di servizi e accordi di programma: strumenti differenziati con medesime finalità?

La riflessione sulle dissonanze e sulle consonanze tra conferenze di servizi e accordi di programma è utile al fine di intendere le dinamiche evolutive dell'attività amministrativa, sempre più condizionata dal diritto civile degli accordi e delle negoziazioni. Il procedimento amministrativo può concludersi con un accordo tra l'amministrazione e i privati per sostituire l'atto finale della disciplina procedimentale oppure con un accordo tra amministrazioni. Nella pratica, le pubbliche amministrazioni hanno spesso fatto ricorso a questo strumento di attività amministrativa: per disciplinare e coordinare l'esercizio delle rispettive competenze, per realizzare piani e progetti comuni, per ottenere economie di scala. Ora gli accordi di programma sono regolati da diverse norme di carattere generale: l'art. 34 d.lg. n. 267/2000 prevede gli accordi di programma volti a realizzare opere ed interventi che richiedano la partecipazione effettiva di diverse amministrazioni e l'art. 15 legge n. 241/1990 che permette alle amministrazioni di concludere accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. Normalmente, gli accordi, a differenza delle conferenze di servizi, sono strumenti di negoziazione più che di semplificazione dell'azione amministrativa (40). Comunque, nel recente panorama amministrativo delle collaborazioni e delle concertazioni istituzionali, la conferenza di servizi e l'accordo di programma rappresentano di certo l'esempio più evidente di rilevanza funzionale dell'amministrazione «consensuale». Tali istituti, già peraltro disciplinati in diverse leggi di settore e ora disegnati nelle loro linee generali dalle leggi n. 142/1990 e n. 241/1990 e succ. mod. trovano una loro comune collocazione nella dimensione organizzativa su base consensualistica dell'attività della pubblica amministrazione. Più nello specifico, i moduli consensuali dell'agire amministrativo, pur nella diversità del loro modo di operare, vengono a caratterizzare i momenti centrali delle procedure delle figure in esame. Per queste ragioni, entrambi gli istituti si possono agevolmente ritenere finalizzati alla costituzione di forme di collaborazionismo diversificato a seconda dell'assetto di interessi da definire. In proposito, è stato osservato (41), «le modalità di svolgimento dell'azione amministrativa nelle forme della conferenza di servizi e dell'accordo di programma rispondono alle esigenze della realtà attuale che mette in evidenza l'opportunità di coinvolgere una pluralità di amministrazioni, sostituendo alle valutazioni e decisioni separate che si susseguono nel tempo quelle sincroniche e contestuali». Non c'è dubbio che, sotto questo profilo, i due istituti affondino le loro radici nelle «organizzazioni» procedimentali ispirate alla semplificazione amministrativa ed al coordinamento. Costituiscano, cioè, il punto nevralgico del passaggio dai modi di agire per procedimenti a modalità di azione concordata e, al tempo stesso, fonte di legittimazione della consensualità amministrativa specialmente nei rapporti tra le pubbliche amministrazioni. In particolare, però, mentre nella conferenza di servizi il coordinamento tra le amministrazioni partecipanti ha più l'effetto di consentire una maggiore semplificazione dell'iter procedimentale rispetto alla ratio finalistica dell'accordo di programma, assumendo un carattere temporaneo e finalistico, l'accordo di programma, pur operando nell'ottica del coordinamento e della collaborazione tra più amministrazioni, si caratterizza per il substrato contrattuale che postula la volontà di vincolarsi a comportamenti futuri conformi alla regola

pattiziamente stabilita e, quindi, «una prefigurazione dell'azione che è il quid proprium del programma» (42).

Sotto questo profilo, alla luce anche delle recenti modifiche legislative (l. n. 340/2000) nelle conferenze di servizi e negli accordi di programma si assiste ad un diverso atteggiarsi delle intese che fanno da base allo sviluppo e alla operatività delle figure in esame. Nelle prime, le intese costituiscono il frutto di confronti su tematiche comuni, di composizioni di interessi di più parti pubbliche, di semplificazione e razionalizzazione di procedimenti interni. In definitiva, il consenso delle amministrazioni interessate vale, nella conferenza, a sostituire atti e procedimenti, finendo per rafforzare l'autorità dell'amministrazione procedente o di quella che assume l'iniziativa, allontanando la suddetta figura dal paradigma dell'accordo. Più precisamente, qui, l'in idem consensus che connota la decisione comune della conferenza di servizi, frutto di determinazioni convergenti, dà luogo ad una sostanziale ed oggettiva parvenza di accordo, ma non ad un accordo vero e proprio quale vincolo giuridico tra le parti come, viceversa sancito nell'art. **15 legge n. 241/1990 (43).** Invece, le intese raggiunte negli accordi di programma obbligano le rispettive amministrazioni a comportarsi secondo i contenuti di tali intese, poiché queste non tengono luogo degli atti delle amministrazioni. L'accordo si conclude con la sottoscrizione da parte delle amministrazioni di un documento unitario contenente gli impegni assunti. Tali impegni potranno rivestire carattere generale, tendenti al solo raggiungimento dell'obiettivo proposto senza indicazione dei tempi e dei modi di azione, oppure potranno contenere anche specifiche modalità, impegni vari, compiti, responsabilità, risorse finanziarie attraverso cui si giungerà al risultato finale.

Tutto ciò incide profondamente soprattutto sulla natura giuridica degli accordi di programma.

Sotto tale aspetto senza pretesa di esaurire l'intero panorama sulla possibile configurabilità giuridica di tali figure, si potrebbe desumere un inquadramento della fattispecie considerata nella categoria dei contratti atipici ex art. 1322 c.c., dove l'autonomia delle parti è posta nelle condizioni di creare situazioni contrattuali meritevoli di tutela ed adeguate alle mutevoli esigenze della vita sociale e dei rapporti economici. A ben vedere, infatti, l'ampia formulazione della norma (art. 15, 1° co., l. n. 241/1990) sembra deporre per siffatto orientamento anche se con qualche legittima forzatura.
In questo contesto, ad avvalorare la tesi della unanimità dei consensi delle amministrazioni interessate all'accordo (es. omessa espressione del consenso richiesto, manifestazione di una volontà di segno contrario) vi è il richiamo ai principi civilistici dell'autonomia contrattuale che, oltre a considerarsi disciplina sussidiaria di integrazione valevole in mancanza di diversa regolamentazione, presuppone un vincolo giuridico tra i partecipanti pubblici che dà origine a diritti e obblighi vicendevoli. In questo senso, l'accordo tra pubbliche istituzioni in senso proprio, non ammette altro meccanismo di costituzione fuori dell'unanimità di consensi legittimamente espressi (con atto scritto) (44). Profondamente diversa dalla

conferenza di servizi (come si è avuto modo di sottolineare) è la natura giuridica degli accordi di programma. Questi, infatti, sono chiaramente ascrivibili alla categoria degli atti giuridici convenzionali di tipo organizzativo; negozi, cioè, sottoposti a regole particolari che costituiscono il risultato di un adattamento dei principi del diritto civile dei contratti alla causa del potere pubblico che connota le attività amministrative e pubblicistiche in generale.

Una sorta di nuovi contratti del diritto pubblico destinanti ad evolversi, nell'ordinamento, sia sotto il profilo della ricerca di rinnovate esigenze di coordinamento tra pubblici poteri che sotto quello della «concertazione finalistica» dove la realizzazione degli obiettivi comuni alle amministrazioni richiede sempre maggiori e sofisticate forme di gestione congiunta delle politiche e delle strategie di programmazione pubblica (45).

7. Osservazioni conclusive. Alla ricerca dell'utilità permanente dell'istituto.

Al termine di queste osservazioni (necessariamente frammentarie ed incomplete, data anche l'ovvia difficoltà di delineare una configurazione giuridica precisa della conferenza di servizi) pare comunque possibile abbozzare una risposta all'interrogativo posto nei prolegòmeni, e cioè se ed in quali termini l'evoluzione dell'istituto conferenziale possa essere letta nel contesto delle continue e frammentarie trasformazioni attuali del diritto delle amministrazioni pubbliche.
Ideata come una formula di semplificazione diretta ad accelerare la produzione dei consensi delle amministrazioni interessate allo svolgimento di un procedimento amministrativo, la conferenza di servizi, nel corso del tempo, si è trasformata in uno strumento profondamente diverso sia nelle modalità di funzionamento che nelle finalità. Tale evoluzione è stata possibile grazie ai numerosi interventi legislativi che, interpolando l'istituto nell'obiettivo di un suo perfezionamento, ne hanno messo in luce la sua alta valenza germinale.
La conclusione di tale percorso, è il traguardo conclusivo di una ricerca tesa alla costruzione di un istituto (la conferenza di servizi) che, nell'attuare una forma altamente tecnica di collaborazione tra apparati amministrativi su base orale, consente di uniformare l'azione amministrativa ai canoni di efficienza e del buon andamento, senza sacrificare al coordinamento l'identità e l'indipendenza organizzativa dei singoli soggetti intervenienti.
Tali obiettivi sono stati resi possibili solo attraverso il riferimento espresso e specifico ai processi di semplificazione e di partecipazione procedimentale. Il sorgere di nuove empatie e di interazioni orizzontali e verticali ha, difatti, permesso la ricomposizione a livello operativo di competenze che a livello organizzativo apparivano scomposte e frazionate, orientando le azioni delle singole amministrazioni coinvolte verso i medesimi obiettivi sostanziali.
Lo scenario in cui si è cercato di addentrarsi mostra confini e contenuti ancora da delineare nella loro completezza. Di certo la conferenza di servizi è divenuta ora istituto di carattere generale, conservando come parte importante della sua struttura sia la funzione di coordinamento che quella di semplificazione.

Ma, in questo contesto, la conferenza di servizi, proprio nelle prospettive di legislazione, va evolvendosi assumendo le caratteristiche di un nuovo modello di produzione organizzativa basato sulla dinamicità della reductio ad unitatem dell'azione amministrativa e, più precisamente, della riconduzione ad unità delle competenze di più soggetti.
Ed è proprio in questa nuova veste che la conferenza assume nuove tendenze, specifiche potenzialità in grado di collocarla al centro di rinnovati processi organizzativi che tendono alla ricerca di un equilibrio stabile tra i dialoghi istituzionali dei pubblici poteri.

La conferenza, insomma, spinge per imporsi come modulo di nuova produzione organizzativa capace di aggiungere un quid pluris alla «temporaneità finalistica» del coordinamento e della riduzione ad unità dell'azione amministrativa. Un «quid pluris» che il legislatore ha riconosciuto, nel tempo, alla funzione conferenziale, in termini di stabilità ed effettività, al punto tale da ridisegnare l'istituto come autonomo soggetto giuridico stabilmente preposto alla composizione ed al coordinamento delle diverse competenze amministrative. Come si vede, si delinea sullo sfondo un vero e proprio consolidamento della struttura conferenziale come soggetto deputato alla gestione congiunta del potere; un potere che si caratterizza in maniera impellente per il suo agire con regole e principi di tipo collegiale.

Ma è troppo presto per formulare giudizi definitivi, in prospettiva, sulla sorte «amministrativa» della conferenza di servizi. Il suo destino «giuridico» rimane ancora oggi troppo legato al legislatore che, in ragione del grado di trasformazione dei «processi di organizzazione amministrativa», può modificarla in toto, creare nuove regole di funzionamento di volta in volta più adeguate ai bisogni ed alle esigenze delle amministrazioni nella ricerca degli interessi pubblici da soddisfare.
Al momento, per le ragioni suesposte, se ne auspica un più ampio utilizzo futuro anche al fine di conferire sempre maggiori sinergie ed interazioni ai dialoghi istituzionali delle attuali amministrazioni: sarà la resa dell'istituto conferenziale sul piano della prassi, a questo punto, a mostrarne i punti di forza e di possibile cedimento idonei a consentire al legislatore di ampliare o di ridurre il fenomeno.
Una tale ricostruzione pare possa essere accettata, per l'appunto, anche sotto un profilo sistematico.

---

(1) Così Scoca, Analisi giuridica della conferenza di servizi, DAm, 1999, 2, 255 ss. e Ciaglia-Fioritto, La conferenza di servizi, in Il diritto dell'edilizia, a cura di Mazzarelli, Torino, 2004, 46. La bibliografia sulla tematica della conferenza di servizi è quanto mai vasta e complessa da riordinare. Si utilizzerà il metodo della c.d. bibliografia ragionata evidenziando lo stadio dell'evoluzione dell'istituto nell'elaborazione delle diverse discipline legislative. Per alcuni primi commenti su alcune ipotesi «settoriali» di conferenze: Ceruti, Approvazione degli impianti per smaltimento dei rifiuti ed enti locali: la Corte costituzionale dichiara necessaria la partecipazione dei Comuni alla conferenza istruttoria, RGAmbiente, 1996, 657-658; Giampietro, La conferenza di

servizi nella l. 441 del 1987 sullo smaltimento dei rifiuti, FA, 1988, 2308; Caturani, La conferenza di servizi: profili costituzionali, RTAp, 1989, 1155; Leondini, La disciplina degli interventi per i campionati mondiali di calcio del 1990 nel quadro della problematica del coordinamento amministrativo, RGUrb, 1990, 119 ss.; Piacentini, La conferenza di servizi: considerazioni generali, RTAp, 1989, 1131. Per una considerazione «costituzionale» della conferenza di servizi, Piacentini, La conferenza di servizi al vaglio della Corte costituzionale, RTAp, 1991, 895; Forte, Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di conferenza di servizi, FA, 1993, 1777; Id., Il contributo della giurisprudenza sulla conferenza di servizi, in Enti Pubblici, 1995, 192 ss.; Traina, Ancora un contributo circa i caratteri costituzionali della conferenza di servizi, GiC, 1996, 734 ss. Per una compiuta disamina dei primi orientamenti sulla conferenza di servizi all'indomani della entrata in vigore della relativa disciplina generale: Quaglia, La conferenza di servizi: profili procedimentali, QR, 1991, 105; Sticchi Damiani, La conferenza di servizi, in Scritti Virga, Milano, 1994, 1753 ss.; Greco, Commento all'art. 14, in AA.VV., Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti, Milano, 1991, 278 ss.; Corso-Teresi, Il procedimento amministrativo e l'accesso ai documenti amministrativi, Rimini, 1991, 103 ss.; Paleologo, La l. 1990, n. 241: procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione, DPrA, 1991, 8 ss.; Caso, Prime riflessioni sulla conferenza di servizi, GI, 1993, IV, 52 ss.; Palma, Conferenza di servizi e accordo di programma, Napoli, 1993; Id., Itinerari di diritto amministrativo. Lezioni 1993-1994, Padova, 1996, 341 ss.; Collevecchio, La conferenza di servizi, il suo riconoscimento e meccanismi di partecipazione e di tutela degli enti locali, RGAmbiente, 1994, 651 ss.; Travi, La riforma del procedimento amministrativo nella L. 537/1993, Re, 1994, 12395; Greco, Semplificazione dell'azione amministrativa, in Italia-Bassani, Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti, Milano, 1995, 339 ss.; Agnes, Commento all'art. 14, in Travi, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commentario, NLCC, 1995, 80; Villata-Sala, «Procedimento amministrativo», in Digesto/pubbl., XI, Torino, 1995, 593 ss.; Forte, La conferenza di servizi ed il procedimento amministrativo, LeG, 1992, 460, 574 ss.; Comporti, Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie, Milano, 1996, 172; Id., Conferenze di servizi e ordinamento delle autonomie, DAm, 1998, 203; Conti, La conferenza di servizi dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 127 del 15 maggio 1997, Dir. pubbl. economia, 1997, 559. Nel contesto di una ricostruzione dell'istituto con l'avvento delle nuove leggi Bassanini, Crisafulli, Il nuovo procedimento amministrativo, in AA.VV., Il nuovo volto della pubblica amministrazione tra federalismo e semplificazione, Napoli, 1997, 241 ss.; Gherghi, La conferenza di servizi come strumento di collaborazione e di semplificazione dei procedimenti amministrativi, NR, 1997, 157 ss.; Bertini, La conferenza di servizi, DAm, 1997, 271 ss.; Cacciavillani, Brevi note in tema di «conferenza di servizio» e di «accordo di programma», RAm, 1997, 157; Sandulli, Il procedimento amministrativo, in Tratt. Cassese, Diritto amministrativo generale, II, Milano, 2000, 1178 ss.; Papadia, La nuova conferenza dei servizi introdotta dall'art. 17, da 1° a 11° comma, l. 15 maggio 1997 n. 127, CIt, 1997, 1487; Morbidelli, Il procedimento amministrativo, in AA.VV., Diritto amministrativo, a cura di Mazzarolli-Pericu-Romano-Roversi Monaco-Scoca,

II, Bologna, 2001, 1369 ss.; Martire, La conferenza di servizi, ND, 1997, 1069; De Lucia-Luciani, Contributo allo studio della conferenza di servizi decisoria, in St. Guarino, II, Padova, 1998, 1 ss.; Manfredi, Accordi e azione amministrativa, Torino, 2001, 69 ss. Per uno studio monografico sull'argomento con numerosi spunti argomentativi e teorico-dogmatici, Forte, Conferenza di servizi, Padova, 2000, spec. 35 ss.; Soricelli, Contributo in tema di conferenza di servizi, Napoli, 2000, spec. 87 ss. Sulla manualistica in materia di conferenza di servizi, Cerulli Irelli, Corso di diritto amministrativo, nuova ed. interamente rivista ed aggiornata al 30-11-1999, rist. emendata, Torino, 2000, 464 ss.; Sorace, Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione, Bologna, 2001, 301-302; Casetta, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 2000, 463 ss.; Lariccia, Diritto amministrativo, Padova, 2000, 454.

(2) Davalli, La conferenza di servizi, in Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza, a cura di Cavallo, Torino, 2000, 194.

(3) Sull'istituto generale della conferenza di servizi come figura rispondente a precisi modelli di semplificazione e di razionalizzazione dell'azione amministrativa, da ultimo Cerulli Irelli-Luciani, La semplificazione dell'azione amministrativa, DAm, 2000, 3-4, 644 ss.; Sandulli, La semplificazione, RTDP, 1998, 757; Torchia, La modernizzazione del sistema amministrativo: semplificazione e decentramento, Re, 1997, 329; Vesperini, La semplificazione dei procedimenti amministrativi, RTDP, 1998, 655. Da ultimo, le riflessioni di Rampazzo, Semplificazione o complicazione amministrativa? Osservazioni sui nuovi artt. 14 ter e 14 quater della L. 340/2000 in tema di conferenza di servizi, AFS, 2001, f. 3, 345 ss.; Buricelli, La Conferenza dei servizi: uno strumento di semplificazione, DCom, 2001, n. 3, 985 ss. Sulla «conferenza di servizi» come nuova forma collaborativa che si oppone alla dispersione, frammentazione e incomunicabilità reciproca delle strutture pubbliche, Aimo, La giustizia nell'amministrazione dall'ottocento ad oggi, Bari, 2000, 101.

(4) Bertini, La conferenza di servizi, DAm, 1997, 293. Sul punto si vedano le chiare argomentazioni di Sandulli, Il procedimento, cit., 1179 ss. Sul tema della discrezionalità come «ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario», Giannini, Diritto amministrativo3, II, Milano, 1993, 49. Come rileva Scoca, La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva, RTDP, 2000, 1048 ss. «La concezione originaria della discrezionalità si è mantenuta ferma nel suo nucleo iniziale, fino alle ultime opere di Giannini sotto il profilo della valutazione di interessi. La visione che della discrezionalità ebbe Giannini è perfettamente aderente al quadro generale dell'amministrazione pubblica quale si presentava fino agli inizi dell'ultimo decennio del '900». La distinzione tra interesse pubblico primario e interessi pubblici secondari si fonda sul modo di operare di ciascun organo amministrativo isolatamente considerato. Qui la cura di molteplici interessi pubblici tende a massimizzare la soddisfazione di questi, assumendo come secondari altri interessi pubblici, che possono non essere affatto subordinati o recessivi rispetto all'interesse primario (Scoca, op. ult. cit., 1053). Il modello organizzativo di riferimento di questa concezione è caratterizzato da organi che non conoscono l'agire coordinato e collaborativo perché amano agire in perfetta ed assoluta solitudine. Lo sforzo del legislatore di spingere l'amministrazione ad operare sempre di più con

strumenti di coordinamento e di collaborazione configura una nuova qualificazione «primaria» degli interessi, la cui comparazione tende a determinare l'interesse pubblico che in concreto l'azione (coordinata) dell'amministrazione deve curare secondo il criterio della massimizzazione legittima, ossia il minor sacrificio possibile degli interessi privati. La nozione di massimizzazione legittima dell'interesse pubblico (concreto) permette di qualificare gli interessi che intervengono nella scelta discrezionale in modo diverso: non separando interessi primari da secondari, ma distinguendo interessi pubblici da altri interessi (Scoca, op. ult. cit., 1054-1055).
(5) Per alcuni spunti sull'affermazione dell'istituto nelle prassi amministrative, Lucifredi, Lineamenti generali di una indagine sul coordinamento e sulla collaborazione nella vita degli enti locali, Milano, 1961, 35 ss. Sull'art. 3 bis l. 29-10-1987, n. 441 relativo all'approvazione regionale degli impianti dello smaltimento dei rifiuti, si veda la sentenza C. Cost., 19-3-1996, n. 79, GiC, 1996, 734, con nota di Traina, Ancora un contributo circa i caratteri «costituzionali» della conferenza di servizi.
(6) Si intende far riferimento soprattutto alle opere funzionali ai mondiali di calcio (art. 2 l. 29-5-1989, n. 205 su cui si veda la sent. della C. Cost., 16-2-1993, n. 62, FA, 1993, 1771, con nota di Forte, Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di conferenza di servizi) e l'art. 3 l. n. 135/1990. Da rilevare anche alcune pronunce giurisprudenziali sulla conferenza di servizi. Secondo parte della giurisprudenza amministrativa il parere positivo espresso da una amministrazione in seno alla conferenza non assume il crisma dell'immodificabilità, atteso che potrebbero sopravvenire nuovi motivi tali da indurre l'ente a motivatamente disvolere ciò cui prima aveva consentito (così T.A.R. Veneto, sez. I, 24-7-1996, n. 1425, GC, 1997, I, 1140; RGE, 1997, I, 119).
(7) Il legislatore è intervenuto ben sei volte sulla disciplina organica dell'istituto della conferenza, apportando interventi aggiuntivi e correttivi non sempre organici ed omogenei. Il 2° co. dell'art. 14 è stato sostituito dall'art. 2, 12° co., l. 24-12-1993, n. 537; il co. 2 bis è stato aggiunto dall'art. 2, 13° co., l. n. 537/1993 e poi sostituito dall'art. 17, 1° co., l. 15-5-1997, n. 127; il co. 2 ter è stato aggiunto con l'art. 3 bis, 1° co., d.l. 12-5-1995, n. 163, conv. in l. 11-7-1995, n. 273; il co. 3 bis, dopo essere stato aggiunto con l'art. 17, 2° co., l. n. 127/1997 è stato poi integrato con l'art. 2, 28° co., l. 16-6-1998, n. 191; il 4° co. è stato aggiunto con l'art. 17, 3° co., l. n. 127/1997; il co. 4 bis è stato aggiunto con l'art. 17, 4° co., l. n. 127/1997; infine l'art. 14 l. n. 241/1990 è stato sostituito dall'art. 9 l. 24-11-2000, n. 340; l'art. 14 bis l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 17, 5° co., l. n. 127/1997 è stato sostituito dall'art. 10 l. n. 340/2000; l'art. 14 ter l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 17, 6° co., l. n. 127/1997 è stato sostituito dall'art. 11 l. n. 340/2000; l'art. 14 quater l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 17, 7° co., l. n. 127/1997 è stato sostituito dall'art. 12 l. n. 340/2000.
(8) Sul punto, Ciaglia-Fioritto, La conferenza di servizi, cit., 47.
(9) Così Scoca, «Attività amministrativa», in Enc. dir., Agg. VI, Milano, 2002, 84.
(10) Ciaglia-Fioritto, La conferenza di servizi, cit., 48.
(11) Caringella, Il nuovo volto della conferenza di servizi dopo la legge n. 340/2000, in Articoli e Commenti, www.Sentenzetoscane.it, a cura di Pozzi, 4-5. Sulle decisioni pluristrutturate si vedano le argomentazioni e le rielaborazioni di Bombardelli,

Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico, Torino, 1996, spec. 10 ss.; Cerulli Irelli, Corso di diritto amministrativo, Torino, 2001, 465 ss.
(12) Ciaglia-Fioritto, La conferenza di servizi, cit., 49.
(13) Caringella, Il nuovo volto della conferenza di servizi dopo la legge n. 340 del 2000, cit., 4-5.
(14) Sul tema Caringella, op. cit., 5 il quale evidenzia la peculiarità del dato normativo (l. n. 340/2000) nel conferire obbligatorietà alla conferenza di servizi decisoria.
(15) Sul tema della facoltatività dell'indizione della conferenza di servizi istruttoria, si veda su tutte la decisione del T. Sup. Acque, 26-5-2000, n. 66, CS, 2000, II, 1022 sull'illegittimità di un provvedimento di imposizione di un vincolo archeologico adottato omettendo di considerare l'opportunità di vagliare altri interessi pubblici coinvolti dalla misura, relativi alla realizzazione di opere idrauliche.
(16) Secondo parte della dottrina, Caringella, op. cit., 5, «pur rimanendo il provvedimento finale nella disponibilità dell'amministrazione procedente, il discostarsi dalle opinioni manifestate dalla stessa amministrazione in sede di conferenza, ove non corroborato da adeguato supporto motivazionale, sarà sintomatico di una irragionevolezza dell'azione amministrativa stigmatizzabile con l'arma dell'eccesso di potere».
(17) Così Caringella, op. cit., 7, nt. 15, il quale conferma come «il verbale dei rappresentanti delle singole amministrazioni sono raccolte nel verbale che chiude la conferenza. Dalla stessa verbalizzazione verrà desunta la verifica dei poteri rappresentativi, la validità delle convocazioni, le motivazioni e le modalità del dibattito, i termini dell'assenso. Quindi, il verbale ha funzione documentale, rappresentando le attività svolte e gli atti che le determinazioni assunte vengono a sostituire».
(18) In questo senso, Facchini-Fantini, La conferenza di servizi riformulata dalla seconda legge di semplificazione, in Azienditalia, 2001, n. 1, 20 il quale richiama un articolo di Olivieri, La Conferenza di servizi nel progetto di legge di semplificazione, apparso sulla rivista telematica di diritto pubblico giust.it.
(19) Caringella, op. cit., 8; Santini, Il buon andamento dell'azione amministrativa tra semplificazione procedimentale ed acquisizione di pareri. Le principali novità introdotte dalla «Riforma Bassanini», DEc, 1999, n. 1, spec. 119 ss.
(20) Così Bianco, La Conferenza dei Servizi è più «snella», su Il Sole 24 Ore del 27-11-2000.
(21) Così su tutti, Casetta, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 1999, 437; Id., Compendio di diritto amministrativo, Milano, 2002, 273 ss.
(22) Ciaglia-Fioritto, La conferenza di servizi, cit., 57.
(23) Ciaglia-Fioritto, op. cit., 58.
(24) Facchini-Fantini, La conferenza di servizi, cit., 21.
(25) Più in generale sul problema del riordino della presidenza del consiglio dei ministri, Pajno, La Presidenza del Consiglio dei Ministri dal vecchio al nuovo ordinamento, in La Riforma del Governo-Commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303/1999 sulla riorganizzazione della presidenza del consiglio e dei ministeri, a cura di Pajno-Torchia, Bologna, 2000, 84 ss.

(26) Mattarella, Procedimento e provvedimento, in Istituzioni di diritto amministrativo, a cura di Cassese, Corso di diritto amministrativo, diretto da Cassese, 1, Milano, 2004, 227.
(27) Corso-Teresi, Il procedimento amministrativo, cit., 104.
(28) In dottrina, per l'osservazione «collegiale» dell'agire per conferenza di servizi, Virga, Relazione di sintesi, in La disciplina generale del procedimento amministrativo, Atti del XXXII Convegno di Varenna, Milano, 1989, 261-262; Staffini, La conferenza di servizi nell'ordinamento amministrativo: spunti ricostruttivi, CS, 1992, II, 562, che definisce la conferenza come collegio virtuale. Tesi questa smentita dalla giurisprudenza: C. St. sez. IV, 13-7-1998, n. 1088, UA, 1998, 12, 1313, con nota di Crisafulli, La conferenza di servizi non è un organo collegiale perfetto. Di collegio anomalo non istituzionale in cui il processo decisionale sfugge alle regole della collegialità e soprattutto al principio di maggiorità, Corso-Teresi, Il procedimento amministrativo, cit., 105. Chiaramente, da ultimo, sul problema della natura giuridica e del funzionamento della conferenza di servizi anche in relazione al rapporto tra conferenza e realtà giuridico-amministrativa, Picozza, Note minime sull'istituto della conferenza dei servizi e l'evoluzione della realtà, CS, 2001, II, 699 ss.; D'Orsogna, Spunti di riflessione sulla nuova conferenza di servizi, CS, 2001, 4, 651 ss. il quale introduce le problematiche sulla natura giuridica dell'istituto nel più ampio «quadro dimensionale» del procedimento amministrativo, dell'attività e dei rapporti tra indirizzo politico e gestione burocratica (problematica ripresa ed aggiornata nel volume Conferenza dei servizi e amministrazione della complessità, Torino, 2002). Su quest'ultimo aspetto, con particolare riguardo ad un esame critico dei rapporti tra Conferenza di servizi e programmazione pubblica strategica, D'Orsogna, Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica amministrazione, Torino, 2001, spec. 153 ss. Sulla individuazione dei presupposti giuridici e fattuali della conferenza dei servizi, partendo dall'analisi specifica delle fasi istruttoria e decisoria del procedimento amministrativo, Zito, Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo, Milano, 1996, 116 ss. Sulla natura «procedimentale» della formazione graduale delle decisioni amministrative, Police, La predeterminazione delle decisioni amministrative, Napoli, 1997, spec. 81 ss. L'A. intende sottolineare la valenza giuridica del processo decisionale dell'Amministrazione come luogo in cui si concreta questa formazione graduale delle scelte di base e la loro progressiva emersione. Più in generale, il procedimento va visto non solo come soluzione giuridica ma come soluzione «eminentemente politica», di coordinamento degli interessi coinvolti (Police, op. ult. cit., 21). Per avere un'idea della natura giuridica delle decisioni, oltre a Police, si vedano i contributi di Merusi-Toscano, «Decisione amministrativa», in Enc. giur., X, Roma, 1988, ad vocem, 1; Giannini, Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative, FI, 1952, IV, 172. Viceversa, per un discorso riflessivo sugli aspetti giuridici di evoluzione dogmatica della conferenza di servizi, Picozza, Note minime, cit., 699 ss.
(29) Fra i primi interventi del supremo giudice delle leggi, si ricordano, in tema, le sentenze nn. 337/1989, 85/1990 e 37/1991 pubblicate rispettivamente in Re, 1990, 1465; 1991, 290; 1992, 159. Per la dottrina, in materia di Conferenza tra Stato e Regioni nel contesto di specifiche strategie gestionali, Sandulli, La Conferenza Stato

Regioni e le sue prospettive, Re, 1995, 837; Torchia, Una Conferenza pleno jure: prime osservazioni sul d.lg. n. 418/1989, ivi, 1990, 1037; Capotosti, La Conferenza Stato-Regioni tra garantismo e cogestione, ivi, 1987, 351.
(30) Corso-Teresi, Il procedimento amministrativo, cit., 105-106.
(31) Sulla possibilità di configurare la conferenza di servizi decisoria come fattispecie di accordo amministrativo, G. Morbidelli, Il procedimento amministrativo, cit., 1331. Per un'ampia e chiara trattazione dell'argomento, si consulti anche Greco, Accordi di programma e procedimento amministrativo, in AA.VV., I rapporti fra cittadini e istituzioni, Milano, 1992, 344; Sandulli, Il procedimento, cit., 1188 ss.; Soricelli, Contributo in tema di conferenza di servizi, cit., 90 ss.
(32) Così Scoca, Analisi giuridica della Conferenza di servizi, cit., 278. Di interesse particolare la recensione dell'articolo da parte di Siciliano, in http://serforma.it.omni3.omnibit.it/lexfor/2000-01/00-01-rec-g.htm, 1 e 2 il quale afferma che «negandosi la fusione delle determinazioni in accordo, ne deriva che: a) ciascuna determinazione pur convergendo nel contenuto con tutte le altre è scindibile dalle altre ed, in quanto espressione del potere unilaterale di ciascuna pubblica amministrazione emanante, ad essa e soltanto ad essa appare imputabile; b) non si applica l'art. 11, 2° co., l. n. 241/1990 nella parte in cui estende agli accordi di cui al 1° co. i principi del codice civile in materia di obbligazione e contratti; c) è possibile tenere distinte le singole determinazioni onde evitare che i vizi dell'una (es. relativi a fasi procedimentali presse o di competenza) si riflettano sull'altra; d) è configurabile l'autotutela (annullamento d'ufficio o revoca) della singola determinazione, anche se appare necessaria una nuova convocazione della conferenza per valutare l'interesse pubblico attuale ad annullarla o riconsiderare globalmente gli interessi in gioco per revocarla». Sul punto l'A. fa notare come, aderendo alla tesi consensualistica, «l'autotutela è preclusa per l'indisponibilità unilaterale degli effetti di un accordo, per l'inapplicabilità del recesso unilaterale previsto dall'art. 11 l. n. 241/1990 (in quanto nemmeno richiamato dall'art. 15, 4° co., che disciplina gli accordi tra pubbliche amministrazioni) e per l'omogeneità degli interessi in gioco che elude una prevalenza dell'uno sull'altro; e) rimangono le generali regole di giurisdizione e si nega la giurisdizione esclusiva dell'art. 11 l. n. 241/1990, essendo essa prevista solo per gli accordi; f) la legittimazione passiva deve riconoscersi in ogni caso alla pubblica amministrazione procedente e, inoltre, alle pubbliche amministrazioni partecipanti le cui determinazioni costituiscono l'oggetto della impugnazione, sembrando superfluo estendere sistematicamente il contraddittorio a tutte le partecipanti».
(33) Sent. 16-2-1993, n. 62, GiC, 1993, 445.
(34) Così, Valentini, La collegialità nella teoria dell'organizzazione, Milano, 1966, 57; Soricelli, Contributo in tema di conferenza di servizi, cit., 130 ss. Sulla conferenza come «modo di organizzare e scandire il procedimento amministrativo allorché la complessità e la molteplicità dei soggetti e degli interessi pubblici coinvolti sarebbe tale da paralizzare o comunque da inceppare il processo decisionale qualora fossero seguite le procedure ordinarie» (Ferrara, «Intese, convenzioni e accordi amministrativi», in Digesto/pubbl., VIII, Torino, 1993, 557 ss.). Sulla conferenza di servizi come semplice formula organizzativa assimilabile al previo concerto, strumento procedimentale di emersione e comparazione di interessi pubblici, destinati

a sintetizzarsi nel provvedimento finale, e non vero e proprio organo collegiale ove le singole manifestazioni di volontà si fondono in una, si veda T.A.R. Veneto sez. I, 24-7-1996, n. 1425, RGE, 1997, 119.
(35) E. Iorio-C. Iorio, La conferenza di servizi inciampa sul maggioritario, in Italia Oggi, 16-2-2001 ed in http:web.tiscali.it/bollettino/confservizi.htm, 1-2.
(36) Caringella, op. cit., 3.
(37) Treves, L'organizzazione amministrativa, Torino, 1959, 471 ss. Sul tema specifico della collegialità la dottrina italiana si è ampiamente occupata in una serie di studi specifici. L'analisi dottrinale vide la sua nascita nella famosa opera di Vitta, Gli atti collegiali, Roma, 1920, 10 ss. per proseguire poi con altri prestigiosi contributi, tra cui si ricordano, Galateria, Gli organi collegiali amministrativi, I, Milano, 1956, 11 ss., II, Milano, 1959, 34 ss.; Gargiulo, I collegi amministrativi, Napoli, 1962; Valentini, La collegialità nella teoria dell'organizzazione, Milano, 1968, spec. 86 ss.; Miele, «Collegio amministrativo», in NN. D.I., I, Torino, 1957, 335 ss.; Zuelli, Le collegialità amministrative, Milano, 1985, 63 ss.; Villata, «Collegi amministrativi», in Enc. giur., VI, Roma, 1988, 1 ss. Da segnalare una particolare giurisprudenza che sottolinea come la disciplina della conferenza di servizi ex art. 14 l. n. 241/1990, modificata dall'art. 17 l. n. 127/1997 non preveda poteri di deroga rispetto agli atti amministrativi generali. In particolare, il procedimento previsto dal co. 3 bis dell'art. 14, si applica ai sensi dell'art. 17, 11° co., l. n. 127/1997, alle altre conferenze di servizi previste da leggi speciali, con esclusione, tuttavia, di quelle relative alla realizzazione di interventi difformi dagli strumenti urbanistici (C. St. sez. V, 5-11-1997, ord. n. 1622, UA, 1998, 990, con nota di Losa).
(38) Villata, «Collegi amministrativi», cit., 1; Giannini, Lezioni di diritto amministrativo, Milano, 1950, 204.
(39) Sugli organi collegiali, Scoca, Le amministrazioni come operatori giuridici, Sez. III, I centri attivi di imputazione-gli organi collegiali, in AA.VV., Diritto amministrativo, a cura di Mazzarolli-Pericu-Romano-Roversi Monaco-Scoca, I, Bologna, 2001, 545-547.
(40) Mattarella, Il procedimento e il provvedimento, cit., 226.
(41) Tedeschini, «Procedimento amministrativo», in Enc. dir., Agg. III, Milano, 1999, 872 ss. Da ricordare, in proposito, l'idea di Merusi, Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo, in Atti del XXXVII Convegno Studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 19/21-9-1991, Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo, Milano, 1994, 39 ss. il quale tiene a sottolineare come «l'idea stessa di accordo, conferenza, costituisca il tratto comune dei citati istituti intesi come moduli di amministrazione consensuale di carattere generale e tipico inseriti in un contesto procedimentale già avviato (conferenza di servizi) o da avviare con l'accordo formale (accordo di programma)». In buona sostanza, così argomentando, il dato emergente più comune è costituito dalla comunanza del fine, tipico di quei moduli di composizione-negoziazione tra amministrazioni - di cui l'accordo di programma e la conferenza di servizi sono tra gli esempi più rilevanti che con intuitiva espressione sono stati definiti «procedimenti di coordinamento

infrastrutturale». Ciò in quanto si basano sull'esigenza di «coordinare una pluralità di interessi che il legislatore ha attribuito alla tutela di una pluralità di amministrazioni articolate nelle più diverse forme organizzative, al di fuori del modulo organizzativo della gerarchia»; Ragozzino, Conferenza di servizi e accordo di programma. Riflessioni su coerenza e antinomie di interpretazione, in Palma (a cura di), Conferenza di servizi ed accordo di programma. Tematica e metodologie seminariali, cit., 170 ss.

(42) Esiste sull'argomento dei rapporti tra conferenze di servizi e accordi di programma un'abbondante letteratura proliferata soprattutto negli ultimi tempi, a testimonianza dell'attualità e dell'importanza della tematica nel contesto delle trasformazioni dell'agire dei pubblici poteri. Tra i contributi più importanti, Pastori, Conferenza di servizi e pluralismo autonomistico, Re, 1993, 1564; Id., L'amministrazione per accordi, in AA.VV., L'accordo nell'azione amministrativa, Roma, 1988, 85 ss.; Torchia, La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione, GDA, 1997, 675 ss.; Id., Gli accordi di programma fra regioni ed enti locali: una ipotesi di lavoro, in Reg. gov. loc., 1990, 222; Id., Accordi di programma e ricerca scientifica, PD, 1991, 290; Ferrara, Gli accordi di programma, Padova, 1993; Cassese, Le intese e gli accordi di programma con gli enti pubblici e le pubbliche amministrazioni, in AA.VV., L'ente Ferrovie dello Stato, le ferrovie, gli appalti, i contratti alla luce della normativa introdotta dalla l. 17 maggio 1985, n. 210, Rimini, 1986; Predieri, Gli accordi di programma, QR, 1991, 958 ss.; Pastori, Accordo e organizzazione amministrativa, in Masucci (a cura di), L'accordo nell'azione amministrativa, Roma, 1988, 44; Tomei, Conferenza di servizi e accordi di programma, in Stipo (a cura di), Commento alla l. n. 127/1997 «Bassanini 2», Rimini, 1998, 252 ss.; Fracchia, L'accordo sostitutivo, Padova, 1998, 172; Cacciavillani, Brevi note, cit., 287 ss.; Caringella, Il procedimento amministrativo. Commento organico alla l. 7 agosto 1990, n. 241, Napoli, 1988, 303 ss.; Civitarese Matteucci, «Accordo di programma (diritto amministrativo)», in Enc. dir., Agg. III, Milano, 1999, 18. Sul tema Pugliese, Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione, RTDP, 1971, 1499 ss. In relazione agli aspetti più propriamente teorici della distinzione tra le due figure, Urbani, Semplificazione del procedimento e conferenze di servizi nella disciplina delle opere pubbliche, RGE, 1996, 129 ss.; Amorosino, Accordi di programma, in I modelli di organizzazione regionale e le amministrazioni per lo sviluppo economico, Milano, 1985; Fioritto, Accordi di programma e «contrats de plan»: somiglianza e divergenza, RGiurM, 1989, 867 ss.; Di Benedetto, Conferenza di servizi e accordo di programma: due differenti strumenti con medesime finalità, in http://digilander.iol.it/dirittocivile/lexlegis1/articolodibenedetto.htm, 1-7. Non bisogna dimenticare l'esistenza di un possibile rapporto di consequenzialità tra conferenza di servizi istruttoria ed accordo di programma dove nella prima si rinviene l'esigenza di una stabilità degli assetti di interessi da determinarsi con la forza del vincolo giuridico derivante dal successivo accordo di programma. Secondo Casetta, Manuale, cit., 527, la conferenza di servizi darebbe luogo ad un primo esempio di accordi tra amministrazioni di tipo sostitutivo di parti di procedimento anche se l'istituto si evidenzia per essere un modello negoziale idoneo al superamento delle conseguenze del dissenso espresso da una delle parti interessate.

(43) Sandulli, Il procedimento, cit., 1194 ss. Da rilevare negli ultimi anni il forte incremento degli strumenti negoziali di natura programmatica nell'ambito delle intese istituzionali a largo raggio. Sul punto si veda Forte (a cura di), La progettazione integrata territoriale, II, Strumenti e procedure-Sviluppo locale, Roma, 2001, 13 ss.
(44) Sul tema, in senso chiaro e conciso, Pioggia, Gli accordi di programma, in Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza, a cura di Cavallo, Torino, 2000, 173 ss. la quale afferma come «applicabilità e compatibilità della disciplina civilistica dovranno, allora, misurarsi con la causa del rapporto che ha natura eminentemente organizzatoria e non è, come per il contratto, di mero scambio. Da questa considerazione deriva la necessità di valutare, di volta in volta e con riferimento alla finalità pubblica perseguita dall'accordo, l'utilizzabilità dei principi civilistici legati all'inadempimento contrattuale e, in particolare, di quello ben espresso con la formula per cui inadimplendi non est adimplendum».
(45) Sulle discusse ed importanti tematiche della «contrattazione pubblica», su tutti Falcon, Le convenzioni pubblicistiche, Milano, 1984, 100 ss.; Id., «Convenzioni e accordi amministrativi», I, in Enc. giur., IX, Roma, 1988, 4; Pericu, L'attività consensuale della amministrazione pubblica, in AA.VV., Diritto amministrativo, cit., 1686 ss.; Massera, I contratti, in Tratt. Cassese, Diritto amministrativo generale, II, Milano, 2000, 1384 ss.; Greco, Accordi di programma, cit., 47; Trimarchi Banfi, L'accordo come forma dell'azione amministrativa, PD, 1993, 242 ss.; Sticchi Damiani, Attività amministrativa consensuale e accordi di programma, Milano, 1992, 141 ss.; Cartei, Gli accordi di programma nel diritto comunitario e nazionale, RIDPC, 1991, 45 ss. Sui nuovi modelli di negoziazione programmata generale, dagli accordi di programma quadro, ai patti territoriali e ai contratti d'area, Sandulli, Il procedimento, cit., 1197 ss.; Forte (a cura di), La progettazione integrata territoriale, II, Strumenti e procedure, cit., 25 ss.

Azienditalia, 2001, 1 (commento alla normativa)

LA CONFERENZA DI SERVIZI RIFORMULATA DALLA SECONDA LEGGE DI SEMPLIFICAZIONE

Facchini Claudio e Fantini Giovanni

L. 15-03-1997, n. 59, epigrafe

L. 24-11-2000, n. 340, epigrafe

L. 08-03-1999, n. 50, epigrafe

Sommario: PREMESSA - LA NUOVA DISCIPLINA DELLA CONFERENZA DI SERVIZI - LO SCHEMA OPERATIVO DEL PROCEDIMENTO

PREMESSA

Probabilmente una delle disposizioni più interessanti introdotte dalla *legge 15 marzo 1997, n. 59* (c.d. Bassanini uno) è quella che tende a costituire una sorta di presidio permanente sullo stato d'attuazione delle riforme in atto, impegnando il governo a presentare ogni anno un disegno di legge per la delegificazione delle norme e la semplificazione dei procedimenti amministrativi(1).

Mediante la prima legge di semplificazione (la *legge 8 marzo 1999, n. 50*) e la successiva direttiva del presidente del consiglio dei ministri del 27 marzo 2000 il sistema delineato nella Bassanini uno è stato poi ulteriormente affinato, attraverso l'introduzione di metodologie d'analisi e valutazione dell'impatto degli interventi normativi sull'organizzazione della pubblica amministrazione e sull'attività dei cittadini e delle imprese.

Nelle ultime settimane dello scorso anno, dopo un lungo iter parlamentare, è stata infine approvata definitivamente la seconda legge annuale di semplificazione, cioè la *legge 24 novembre 2000, n. 340* , la quale è andata, tra l'altro, a novellare direttamente la fondamentale *legge 7 agosto 1990, n. 241* in due dei suoi istituti maggiormente rappresentativi: la conferenza di servizi e il diritto di accesso.

Per inciso si deve rilevare come il testo originario del DDL n. S 4375, dal quale è poi gemmata la *legge 24 novembre 2000, n. 340* , intendeva riformare la *legge n. 241/1990* in modo ancor più radicale, prevedendo in particolare alcune modifiche agli articoli 3 e 7 che avrebbero consentito di superare un'interpretazione formalistica delle norme che attengono alla motivazione dei provvedimenti e all'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento. Tuttavia al fine di rendere più celere l'esame del DDL in seno alla Commissione affari costituzionali del senato queste disposizioni, sulle quali evidentemente persistevano opinioni contrastanti fra i commissari, sono stata stralciate con parere favorevole dello stesso ministro Bassanini [(2)] .

Le innovazioni relative al diritto di accesso

Benché il presente contributo si soffermi in particolare sulla nuova disciplina della conferenza di servizi, delineata dalla legge di semplificazione recentemente emanata, prima di affrontare la disamina di tale argomento si intende compiere un rapido accenno alle novità in materia di accesso ai documenti amministrativi, introdotte dal provvedimento *de quo* .

Ebbene l' *art. 15 della legge n. 340/2000*, modificando l' *art. 25 della legge n. 241/1990*, prevede ora che il richiedente, oltre al consueto ricorso al Tar, possa domandare al competente Difensore civico un riesame della determinazione con la quale è stato disposto il diniego o il differimento della propria istanza di accesso. Il Difensore civico, quindi, se riterrà la determinazione illegittima lo comunicherà all'amministrazione interessata, la quale avrà facoltà di emanare un provvedimento confermativo del proprio atto entro trenta giorni, decorsi inutilmente i quali l'accesso dovrà ritenersi consentito (principio del silenzio-assenso).

Evidentemente nell'intenzione del legislatore questa disposizione, oltre a provocare un effetto deflativo del contenzioso in grado di sgravare i carichi di lavoro degli uffici giudiziari, dovrebbe soprattutto garantire al cittadino uno strumento di tutela agile e non costoso, proporzionato a questioni spesso facilmente risolvibili.

In realtà paiono condivisibili le osservazioni critiche di quella dottrina che ha notato come questa procedura potrebbe rivelarsi tutto sommato molto meno efficace del previsto, non prevedendosi tra l'altro forme di coercizione per assicurare l'esecuzione del silenzio-assenso dell'amministrazione [(3)] .

Sarebbe stato allora forse più opportuno prevedere che la decisione del Difensore civico dovesse essere, obbligatoriamente, eseguita dall'amministrazione, la quale

avrebbe potuto rifiutarsi di ottemperarvi soltanto proponendo, essa stessa, un ricorso al Tar [4].

LA NUOVA DISCIPLINA DELLA CONFERENZA DI SERVIZI

Non paiono esserci tuttavia dubbi che le modifiche più significative apportate alla *legge n. 241/1990* dalla recente legge annuale di semplificazione siano quelle riguardanti la conferenza di servizi.

La nuova disciplina della conferenza è prevista negli *articoli da 9 a 14 della legge n. 340/2000*, i quali ambiscono, anche attraverso l'esplicita abrogazione di parte della normativa concorrente, a ricostruire in maniera sistematica i principi generali di un istituto che trova oggi un'applicazione quanto mai diffusa nella «prassi» amministrativa degli enti locali [5].

A tal proposito è bene rammentare come la dottrina [6] abbia unanimemente individuato nella fattispecie generale prevista dall'art. 14 e segg. della *legge n. 241/1990* due distinte tipologie di conferenza di servizi: la conferenza istruttoria (o preparatoria) e la conferenza decisoria.

La conferenza istruttoria

La conferenza istruttoria, come noto, è convocata dall'amministrazione procedente con lo scopo di esaminare gli interessi pubblici sottesi a una determinata procedura, acquisendo elementi conoscitivi direttamente dalle amministrazioni coinvolte. Si tratta pertanto, chiaramente, di un istituto dal quale non scaturiscano direttamente elementi costitutivi, modificativi o estintivi di situazioni giuridiche preesistenti, rappresentando infatti esclusivamente una misura di coordinamento, strumentale alle fasi successive del procedimento [7].

La recente legge di semplificazione, valutando evidentemente in maniera positiva l'utilizzo da parte degli enti locali di procedure di negoziazione informale, che consentano per così dire di «mettere i problemi sul tavolo», nulla innova in materia di conferenza istruttoria e, infatti, l' *art. 9 della legge n. 340/2000* riprende integralmente la precedente formulazione dell' *art. 14, comma 1 della legge n. 241/1990*.

La conferenza decisoria

Profonde modificazioni sono apportate invece dalla *legge n. 340/2000* alla c.d. «conferenza decisoria», indetta come è noto per acquisire intese, concerti, nullaosta o assensi comunque denominati da parte di altre pubbliche amministrazioni. Il carattere «decisorio» della conferenza risiede, pertanto, proprio nella circostanza che le determinazioni assunte in maniera concentrata in tale sede sostituiscono, con piena efficacia giuridica, tutti gli atti prodromici al provvedimento finale, che altrimenti dovrebbero essere raccolti in maniera spesso sequenziale da parte dell'amministrazione procedente.

Una prima modificazione significativa alla disciplina della conferenza decisoria è quella relativa ai presupposti per la sua convocazione.

Mentre infatti il vecchio *art. 14, comma 2 della legge n. 241/1990* prevedeva che la conferenza fosse meramente facoltativa, ora invece il testo dell'art. 14, novellato dalla *legge n. 340/2000*, rende tale istituto obbligatorio tutte le volte in cui l'amministrazione procedente non ottenga, entro quindici giorni dall'inizio del procedimento, gli atti di assenso formalmente richiesti agli altri organismi pubblici

coinvolti. Ricorrendo tali presupposti, la mancata indizione della conferenza potrebbe quindi, addirittura, costituire un vizio di legittimità per violazione della norma procedurale generale posta a regolamentare l'iter del procedimento [8].

La conferenza di «consulenza»

Proseguendo nell'esame delle disposizioni introdotte dalla *legge n. 340/2000* si deve necessariamente notare il particolare rilievo innovativo che assume il nuovo *art. 14-bis della legge n. 241*. Tale norma, infatti, fa ora riferimento alla possibilità che la conferenza di servizi, su istanza del privato interessato che ne sopporterà i relativi oneri, sia chiamata a pronunciarsi, entro trenta giorni, su progetti preliminari di particolare complessità, al fine di verificare in via preventiva quali siano le condizioni per ottenere i necessari atti di consenso.

Come è stato fatto notare efficacemente in uno dei primi commenti alla *legge n. 340/2000* con la conferenza sui progetti preliminari si potrebbe configurare per le pubbliche amministrazioni un ruolo di potenziale «consulente istituzionale» per le imprese, che soltanto la recente normativa sullo sportello unico aveva fino ad ora in qualche modo delineato [9].

La decisione «a maggioranza»

Passando a commentare gli aspetti più strettamente procedurali si deve rilevare come l'art. 11 della legge di semplificazione, modificando l' *art. 14-ter della legge n. 241/1990*, disponga che «la conferenza di servizi assume le determinazione relative all'organizzazione dei propri lavori a maggioranza dei presenti».

L'utilizzo della locuzione «a maggioranza dei presenti» potrebbe far ritenere che la conferenza di servizi decisoria, dopo la novella apportata della *legge n. 340/2000*, assuma le sembianze di un vero e proprio organo collegiale, nel quale, attraverso un'interpretazione estensiva del dato letterale della norma, anche la decisione conclusiva si andrebbe a formare sulla base di principi maggioritari e non più all'unanimità.

A conforto di questa tesi, peraltro tutta da verificare anche osservando gli orientamenti che assumerà la giurisprudenza, si possono tra l'altro portare le importanti modifiche introdotte dalla *legge n. 340/2000* in materia di dissensi espressi in sede di conferenza di servizi.

Nell'ottica di un marcato rafforzamento dei poteri decisori della conferenza, intesa come organo collegiale, può infatti essere interpretato il nuovo art. 14-quater, comma 2, ai sensi del quale, se una o più amministrazioni hanno espresso il proprio dissenso sulla proposta dell'Amministrazione procedente, quest'ultima può assumere comunque la determinazione di conclusione del procedimento sulla base della maggioranza delle posizioni espresse nell'ambito della conferenza stessa. La determinazione dell'amministrazione procedente è immediatamente esecutiva.

Come si vede viene in questa maniera, tra l'altro, eliminato l'obbligo, precedentemente previsto dall'art. 14, comma 3-bis, della*legge n. 241/1990*, di comunicare la determinazione conclusiva del procedimento al presidente del consiglio (o in alternativa al presidente delle regione o al sindaco) e la conseguente facoltà in capo a tali organismi di sospendere la determinazione dell'amministrazione procedente.

Al contrario in forza del nuovo art. 14-quater, comma 3, se il dissenso è espresso da un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute, la decisione finale è rimessa al Consiglio dei ministri, ove l'amministrazione dissenziente o quella procedente sia un'amministrazione statale, oppure agli organi esecutivi degli enti territoriali negli altri casi.

A ben vedere quest'ultima disposizione suscita qualche perplessità, anche se sarà comunque necessario attendere la sua concreta applicazione nella prassi, in quanto di fatto tende a sostituire atti eminentemente tecnici con decisioni politiche o quantomeno di c.d. «alta amministrazione». Ciò appare pertanto in contrasto con i principi generali delle riforme istituzionali di questi ultimi anni, le quali hanno costantemente enfatizzato la separazione delle funzioni di indirizzo politico da quelle di attuazione e gestione.

LO SCHEMA OPERATIVO DEL PROCEDIMENTO

Il diagramma di flusso riportato nella tavola 1 ripropone il nuovo procedimento della conferenza di servizi, ristrutturato in fasi logico-sequenziali. Esso è normato, principalmente, dagli *artt. 11 e 12 della legge n. 340/2000*, che sostituiscono gli *artt.14-ter e 14-quater della legge n. 241/1990*.

Si procede, di seguito, a descrivere le singole fasi del procedimento, richiamando la numerazione del diagramma di flusso, con riferimento alla *legge n. 241/1990* , come novellata dalla *legge n. 340/2000* .

(1) L'Amministrazione procedente convoca la conferenza di servizi nei seguenti casi:

a) qualora sia opportuno effettuare un esame contestuale di vari interessi pubblici coinvolti in un procedimento (*legge n. 241,art. 14, c. 1*);

b) nel caso in cui debba acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati e non li abbia ottenuti entro 15 giorni dall'inizio del procedimento, avendoli formalmente richiesti (*legge n. 241, art. 14, c. 2*);

c) per l'esame contestuale di interessi coinvolti in più procedimenti amministrativi connessi (*legge n. 241, art. 14, c. 3*);

d) su richiesta del privato, qualora quest'ultimo debba svolgere un'attività subordinata ad atti di consenso, di competenza di più pubbliche amministrazioni (*legge n. 241, art. 14, c. 4*);

e) in caso di affidamento di concessione di lavori pubblici (*legge n. 241, art. 14, c. 5*);

f) per l'approvazione di progetti di opere concernenti reti ferroviarie (*legge n. 340, art. 9, c. 2*);

g) per verificare le condizioni che consentano di ottenere i necessari atti di consenso, su motivata e documentata richiesta dell'interessato, nel caso di progetti di particolare complessità. In tale caso la conferenza di servizi si conclude entro 30 giorni e gli oneri di funzionamento sono a carico dell'interessato (*legge n. 241, art. 14-bis, c. 1*);

h) per esprimersi sul progetto preliminare, nelle procedure di realizzazione delle opere pubbliche: entro 45 giorni devono essere indicate le condizioni per ottenere gli atti di consenso sul progetto definitivo (*legge n. 241, art. 14-bis, c. 2*).

A parte la disciplina specifica delle opere pubbliche, negli altri casi il procedimento è disciplinato come segue.

(2) La convocazione deve pervenire alle pubbliche amministrazioni, anche per via telematica, almeno 10 giorni prima della data stabilita. Tuttavia, entro 5 giorni dal ricevimento le pubbliche amministrazioni stesse, se impossibilitate a partecipare, possano richiedere di concordare lo spostamento della data, comunque di non oltre 10 giorni dalla prima data fissata (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 2*).

(3) Nella prima riunione si determina la data entro la quale concludere i lavori, in base alla complessità del procedimento; tale data, comunque, non può essere fissata oltre 90 giorni dal giorno della prima convocazione (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 3*).

(4) Se è richiesta la valutazione di impatto ambientale (VIA), la conferenza di servizi, prima di esprimersi, ne deve attendere l'esito (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 4*).

(5) Se la VIA non interviene nel termine previsto, l'amministrazione competente (ad esprimersi sulla VIA) si esprime in sede di conferenza di servizi (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 4*).

(6) In questo caso la conferenza di servizi si conclude nei 30 giorni successivi, che possono diventare 60 giorni, nell'ipotesi in cui sia necessario un approfondimento istruttorio (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 4*).

(7) Nel caso in cui non sia pervenuta la VIA, è consentito alla conferenza di servizi un approfondimento istruttorio, che può spostare il termine ultimo dei lavori da 30 a 60 giorni, oltre la data fissata (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 4*).

(8) Durante i lavori della conferenza di servizi possono essere richiesti chiarimenti o ulteriore documentazione ai proponenti dell'istanza o ai loro tecnici progettisti, per una sola volta (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 8*).

(9) Tali documenti devono pervenire entro 30 giorni dalla richiesta, non aggiuntivi rispetto ai 90 giorni stabiliti per la conclusione della conferenza di servizi (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 8*).

(10) In ogni caso, sia che i documenti richiesti pervengano sia che essi non pervengano, la conferenza di serviziesamina e decide sul provvedimento finale da adottare, sia esso negativo o positivo (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 8*).

(11) La conferenza di servizi deve concludere i lavori entro 90 giorni. Se ciò non avviene, l'amministrazione procedente attiva il sub procedimento disciplinato dall'art. 14-quater, c. 2 e segg., della *legge n. 241/1990* (CS02) (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 3*), e assume comunque il provvedimento finale, così come anche nel caso in cui vi sia un minoranza di pubbliche amministrazioni dissenzienti (legge 241, art. 14-quater, c. 2).

(12) Come detto, anche nel caso in cui vi siano stati dissensi, si apre l'apposito sub procedimento (CS02).

Gli eventuali dissensi devono essere manifestati in sede di conferenza di servizi, essi devono essere motivati e devono precisare le condizioni di modifica progettuale, affinché i dissensi stessi possano trasformarsi in assensi.

Dall'articolazione della norma pare emergere che le pubbliche amministrazioni che non intervengono alla conferenza di servizi, o che vi intervengano con rappresentanti che non hanno il potere di esprimere la volontà dell'ente, non possano esprimere

dissensi, ovvero che se ne possa prescindere legittimamente (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 6 e c. 9*).

(13) Se, però, i dissensi sono in maggioranza, la conferenza di servizi si conclude negativamente.

(14) Infatti, la conferenza di servizi adotta il provvedimento finale, che diviene immediatamente esecutivo (*legge n. 241, art. 14-quater, c. 2*), così come qualsiasi altra decisione, a maggioranza (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 1*). Tale provvedimento sostituisce a tutti gli effetti ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di consenso comunque denominato, di competenza delle pubbliche amministrazioni partecipanti o, comunque, invitate alla conferenza (*legge n. 241,art. 14-ter, c. 9*).

(15/18) Nel caso in cui alcune pubbliche amministrazioni, correttamente rappresentate da persone competenti ad esprimerne la volontà, non abbiano espresso definitivamente tale propria volontà in seno alla conferenza di servizi, quest'ultima adotta, comunque, il provvedimento finale e lo trasmette a dette pubbliche amministrazioni (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 7*).

(16/17) Nel caso in cui sia richiesta la VIA, l'Amministrazione procedente pubblica, sulla Gazzetta Ufficiale o sul Bollettino regionale (nel caso di VIA regionale) e in un quotidiano a diffusione nazionale, il provvedimento finale e un estratto della VIA stessa. Dalla pubblicazione decorrono i termini per impugnare l'atto (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 10*).

Da questa norma pare utile ricavare la buona regola che, nel caso in cui non sia richiesta la VIA, sia comunque opportuno (benché non previsto dalla legge) pubblicare all'albo pretorio e negli altri modi che si riterranno opportuni, al fine di assicurare un'informazione efficace, tutte le determinazioni conclusive delle conferenze di servizi, così da far decorrere i termini per l'impugnativa.

(19) Se, entro 30 giorni dal ricevimento della determinazione conclusiva del procedimento, le pubbliche amministrazioni, il cui rappresentante in seno alla conferenza di servizi non abbia espresso definitivamente la volontà dell'ente, notificano il proprio motivato dissenso o impugnano la determinazione così assunta, si procede con il sub procedimento da seguirsi in presenza di pubbliche amministrazioni dissenzienti, disciplinato dall'art. 14-quater, c. 2 e segg. (CS02).

Se invece, tutto ciò non avviene, si ha la conclusione positiva del procedimento, come conseguenza del «silenzio-assenso» delle pubbliche amministrazioni (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 7*).

(CS02) Se con CS01 abbiamo indicato nel diagramma di flusso il procedimento ordinario della conferenza di servizi, con CS02 indichiamo il sub procedimento, che si attiva nei seguenti casi:

a) quando vi sia una minoranza di pubbliche amministrazioni che ha espresso dissensi motivati;

b) quando le pubbliche amministrazioni che non si sono espresse nella conferenza di servizi, anche provocando la non conclusione dei lavori nei termini di legge, abbiano notificato, entro 30 giorni dal ricevimento del provvedimento, il proprio motivato dissenso o abbiano impugnato tale atto.

In primo luogo va precisato che, comunque, l'amministrazione procedente assume la determinazione di conclusione del procedimento e che questa è immediatamente esecutiva (*legge n. 241, art. 14-quater, c. 2*).

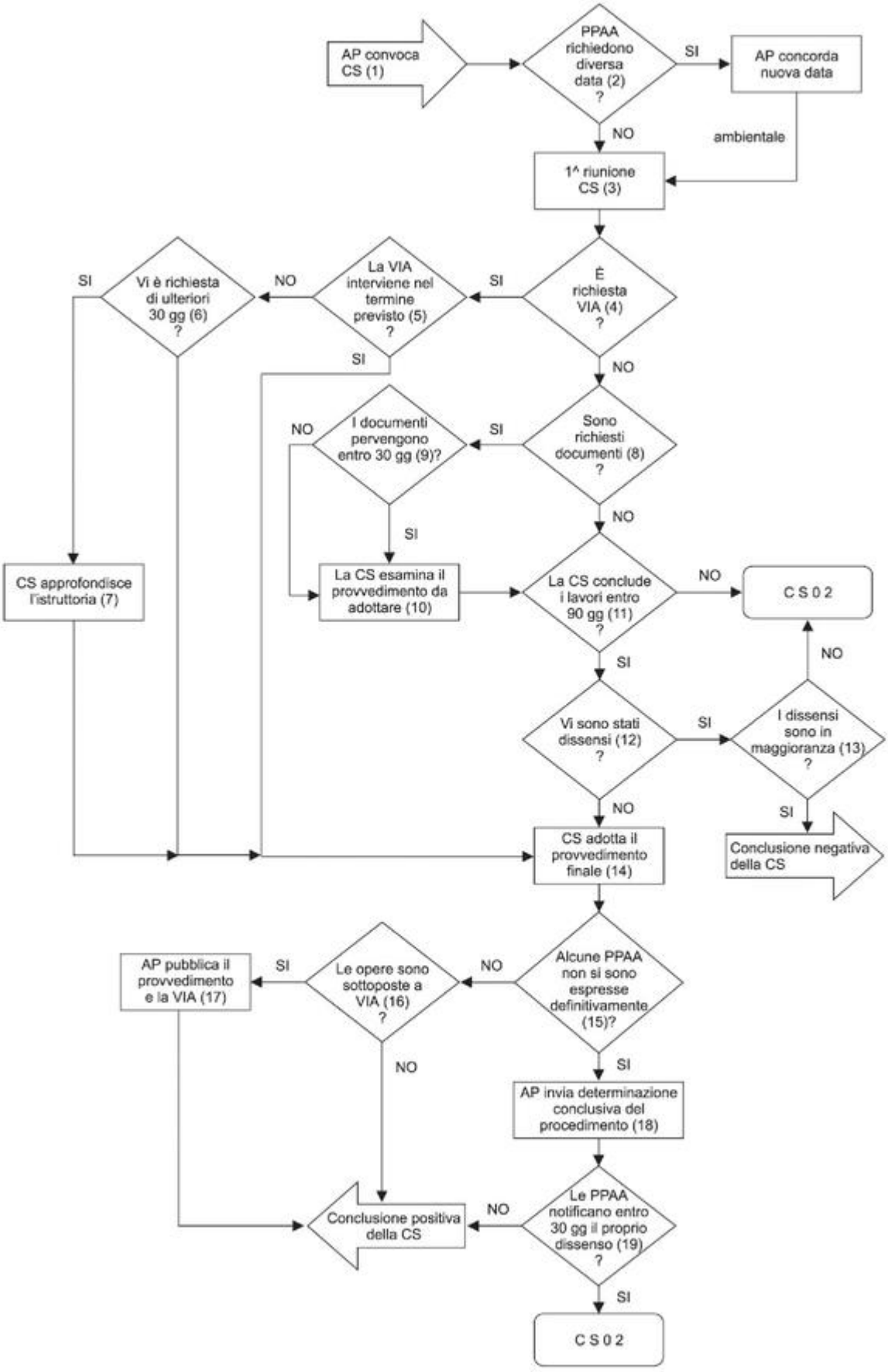
Nei casi a) e b), sopra descritti, quindi, la decisione è rimessa:

- al Consiglio dei ministri, ove l'amministrazione dissenziente o quella procedente sia una amministrazione statale e quella dissenziente sia un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o della tutela della salute;
- agli organi collegiali esecutivi (giunte) degli enti territoriali (regioni, province, comuni), nei casi in cui l'amministrazione dissenziente o quella procedente sia, rispettivamente regionale, provinciale, comunale.

Tali organi deliberano entro 30 giorni, a meno che la complessità dell'istruttoria non induca i rispettivi «presidenti» a prorogare tale termine per un periodo non superiore a 60 giorni (*legge n. 241, art. 14-quater, c. 3*).

Tuttavia, nei casi in cui sia precedentemente intervenuta la VIA positiva, la decisione è rimessa al Consiglio dei ministri o agli organi collegiali esecutivi degli enti territoriali, solo nel caso in cui il dissenso sia espresso da una amministrazione preposta alla tutela della salute pubblica (*legge n. 241, art. 14-ter, c. 5*).

Tavola 1
Conferenza di servizi: procedimento ordinario - CS01



LEGENDA
AP = Amministrazione procedente
PPAA = Pubbliche amministrazioni
CS = Conferenza di servizi
CS02 = Conferenza di servizi con PPAA dissenzienti
VIA = Valutazione di impatto ambientale

---

(1) Sul tema delle leggi annuali di semplificazione si segnala il contributo di L. Carbone pubblicato in La Semplificazione Amministrativa (a cura di L. Vandelli e G. Gardini), Quaderni della Spisa, Ed. Maggioli, 1999. L'autore individua tra l'altro forti analogie tra il modello utilizzato nella legge «Bassanini uno» e la tecnica già utilizzata dalla *legge n. 86/1989* (istitutiva della c.d. legge comunitaria).

(2) Vedasi il resoconto della seduta della Commissione affari costituzionali del Senato del 21 marzo 2000.

(3) Così G. Virga in Prime considerazioni sulle modifiche che il DDL approvato dal C.d.M. il 15/11/99 intende apportare alla *legge 241/1990*, pubblicato sulla rivista telematica di diritto pubblico giust.it.

(4) Per inciso pare opportuno ricordare un'altra modifica alla disciplina del diritto di accesso intervenuta recentemente. Si fa in particolare riferimento all' *art. 4, comma 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205* - Disposizioni in materia di giustizia amministrativa- ai sensi del quale nei giudizi di cui all' *art. 25 della L. 241/1990* il ricorrente può stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore (analogamente l'amministrazione può essere rappresentata da un proprio dipendente purché in possesso della qualifica dirigenziale ed autorizzato dal legale rappresentante dell'ente).

(5) Secondo G. Morbidelli, La Conferenza di servizi (istruttoria e decisoria), in Diritto Amministrativo (Aa.Vv.), Ed. Monduzzi, Bologna, 1998, la fortuna della Conferenza deriva «da quella elementare regoletta empirica secondo la quale è più agevole raggiungere un'intesa sul testo di un provvedimento sedendo allo stesso tavolo, in contraddittorio contestuale, anziché attraverso la trasmissione di carte valutate separatamente dagli uffici delle Amministrazioni coinvolte».

(6) Sul tema della conferenza dei servizi la produzione scientifica è estremamente ampia e pertanto risulterebbe del tutto velleitario tentare di ricostruirne una sia pur sintetica bibliografia, tuttavia, oltre al contributo di Morbidelli precedentemente citato, si possono segnalare i seguenti titoli: per un inquadramento istituzionale dell'argomento vedasi l'importante monografia di P. Forte, La Conferenza di Servizi, Ed. Cedam, Padova, 2000; altri interventi recenti sono quelli di F.G. Scoca, Analisi giuridica della Conferenza di Servizi, in Diritto Amministrativo n. 2/99, di G. Gardini, La Conferenza di Servizi: natura e scopi. L'evoluzione dell'istituto dalla *legge 241/90* al regolamento sullo sportello unico, in Le istituzioni del federalismo n. 6/99 e di F. De Fanti, La Conferenza di Servizi, in L'amministrazione italiana, nn. 2 e 3/99.

(7) In questo senso vedasi tra gli altri l'interessante articolo di L. Olivieri, La Conferenza dei Servizi nel progetto di legge di semplificazione, apparso sulla rivista telematica giust.it.

(8) In questo senso L. Olivieri, op. cit.

(9) Così A. Bianco, La Conferenza dei Servizi è più «snella», sul Sole 24 Ore del 27/11/2000

8. LA NUOVA CONFERENZA DI SERVIZI

di Claudio Facchini - Coordinatore dell'Unione della Romagna Faentina e dirigente del Settore Sviluppo economico

D.Lgs. 30-06-2016, n. 127, epigrafe

D.Lgs. 03-04-2006, n. 152, ART. 23

D.P.R. 07-09-2010, n. 160, epigrafe

L'articolo illustra la nuova disciplina della conferenza di servizi introdotta dal D.Lgs. n. 127/2016 e costituisce una guida per l'operatore che la deve applicare. Vengono messe in evidenza le luci e le ombre della normativa.

Sommario: Scopo della conferenza di servizi - Le tipologie delle conferenze di servizi - La disciplina dei lavori della conferenza di servizi - Lo svolgimento della conferenza semplificata - Lo svolgimento della conferenza simultanea - Quando si svolge - Termini di conclusione - Rappresentante unico - Partecipazione di soggetti terzi - Conclusione della conferenza - La decisione - La sollecitazione dell'autotutela - I rimedi in caso di dissenso - Lo svolgimento della conferenza "preliminare" e la successiva conferenza decisoria - La conferenza per il procedimento di valutazione di impatto ambientale - Il coordinamento con le disposizioni di settore - Le iniziative di accompagnamento - Alcune considerazioni critiche

Scopo della conferenza di servizi

Lo strumento della conferenza di servizi è nato con la Legge n. 241/1990 e successivamente è stato modificato più volte creando una norma stratificata. La disciplina è stata completamente riscritta dal D.Lgs. n. 127/2016[1], in attuazione della Legge delega n. 124/2015.

Da segnalare la modifica dell'art. 29, comma 2-*ter*, della Legge n. 241/1990, da parte D.L. n. 78/2010, che ha ricondotto anche la conferenza di servizi tra le disposizioni della Legge n. 241 immodificabili *in peius*, in quanto attengono ai livelli essenziali delle prestazioni, da garantire su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m) Cost.

La conferenza di servizi ha lo scopo di accelerare il procedimento amministrativo a fronte dell'allocazione frammentaria di funzioni presso autorità diverse, ciascuna delle quali ha una propria competenza decisoria. La conferenza di servizientra in gioco quando si tratta di confrontare più interessi pubblici, anche in parte confliggenti, ma non contrapposti, anzi, paralleli.

In questo modo i soggetti "codecidenti" cooperano alla realizzazione dell'interesse primario, compiendo una verifica di compatibilità delle soluzioni proposte dall'autorità decidente, con gli interessi comprimari di cui ognuno è affidatario.

La conferenza di servizi è sempre stata fatta coincidere con la riunione dei rappresentanti delle amministrazioni interessate, al fine di procedere ad un esame contestuale del progetto. Il D.Lgs. n. 127/2016 introduce due novità principali:

la conferenza di servizi "asincrona", dove l'esame del progetto o della richiesta del soggetto interessato non avviene in modo contestuale, e la valenza di assenso incondizionato dei pareri e degli altri atti di assenso chiesti alle Pubbliche Amministrazioni e gestori di beni e servizi pubblici competenti, le quali restano responsabili delle eventuali illegittimità degli assensi così formati.

Le tipologie delle conferenze di servizi

Il nuovo art. 14 della Legge n. 241/1990 disciplina le diverse tipologie di conferenza.

La conferenza di servizi istruttoria (comma 1) è finalizzata ad "effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, ovvero in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati".

Il suo svolgimento non è obbligatorio, ma è rimesso alla valutazione discrezionale dell'amministrazione procedente; tuttavia quest'ultima può essere sollecitata a indirla sia da altra amministrazione coinvolta nel procedimento, sia dal privato interessato. In questi casi, si ritiene che la mancata indizione debba essere motivata e comunicata a chi ne aveva fatto richiesta.

L'amministrazione procedente, nel caso di indizione, può seguire il procedimento disciplinato dall'art. 14-*bis* o stabilire altre modalità di svolgimento della conferenza. Al riguardo si ritiene che le "diverse modalità" di svolgimento della conferenza debbano essere stabilite in apposito atto regolamentare e debbano caratterizzarsi per un maggiore grado di semplificazione. Si ritiene, inoltre, che tra le diverse modalità di svolgimento della conferenza di servizi vi possa essere anche la "conferenza di servizi simultanea" di cui all'art. 14-*ter*.

La conferenza decisoria (comma 2) è indetta "quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici".

Il suo svolgimento è obbligatorio e l'indizione è compito dell'amministrazione procedente. Rispetto alla versione precedente sono evidenti la semplificazione e l'accelerazione del procedimento. Il riferimento alla conclusione "positiva" del procedimento induce a pensare che l'amministrazione procedente possa / debba svolgere una previa valutazione, per cui, se essa dovesse ritenere non sussistenti i presupposti per una conclusione positiva del procedimento dovrebbe concluderlo negativamente, senza indizione della conferenza.

L'ultimo periodo del comma 2 disciplina una sorta di tipologia "*bis*" della conferenza di servizi decisoria, che si attiva nel caso in cui "l'attività del privato sia subordinata a più atti di assenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche", e non, come nel primo caso, di endoprocedimenti concorrenti e subordinati rispetto ad un unico provvedimento finale. In tal caso, quindi, dovrà essere convocata da una qualsiasi fra le amministrazioni coinvolte, "anche su richiesta dell'interessato".

La conferenza di servizi preliminare (comma 3) è "finalizzata a indicare al richiedente, prima della presentazione di un'istanza o di un progetto definitivo, le condizioni per ottenere, alla loro presentazione, i necessari pareri, intese, concerti, nulla osta,

autorizzazioni, concessioni[2] o altri atti di assenso, comunque denominati", "per progetti di particolare complessità e di insediamenti produttivi di beni e servizi".
La conferenza di servizi può essere indetta dall'amministrazione procedente, "su motivata richiesta dell'interessato", che deve corredarla da uno studio di fattibilità. La decisione dell'indizione rientra nella discrezionalità dell'amministrazione procedente; si ritiene che in caso di diniego, l'amministrazione dovrà fornire adeguata motivazione, non lesiva dei diritti e delle legittime aspettative del richiedente.

Una quarta tipologia di conferenza di servizi è disciplinata nel caso di progetto sottoposto a valutazione di impatto ambientale (comma 4). In questo caso, l'amministrazione competente al rilascio della VIA deve[3] indire la conferenza di servizi in modalità sincrona, ai sensi dell'art. 25, comma 3 del D.Lgs. n. 152/2006[4]. Nel provvedimento di VIA confluiscono "tutte le autorizzazioni, intese, concessioni, licenze, pareri, concerti, nulla osta e assensi comunque denominati, necessari alla realizzazione del medesimo progetto", compreso il procedimento "autorizzatorio" dell'attività di competenza del SUAP.
La disciplina generale della conferenza di servizi appare decisamente semplificata e certa nei tempi del suo svolgimento, rispetto alla formulazione previgente.

La disciplina dei lavori della conferenza di servizi Lo svolgimento della conferenza semplificata

La conferenza di servizi semplificata (art. 14-*bis*) è la vera novità della nuova disciplina. Il comma 1 stabilisce che la conferenza "decisoria" si svolge in forma semplificata e in modalità asincrona (come esplicitato anche nei criteri della delega) e che il procedimento deve essere svolto in modalità completamente telematica[5].
Vediamo lo sviluppo procedurale.

Primo passo. L'amministrazione procedente indice la conferenza di servizi entro cinque giorni lavorativi dall'avvio del procedimento (determinato dal ricevimento della domanda o dall'avvio d'ufficio). L'indizione avviene con una comunicazione alle amministrazioni interessate, che contiene (comma 2):

a) l'oggetto della determinazione da assumere; l'istanza; la documentazione allegata all'istanza o le credenziali per l'accesso telematico alla documentazione utile allo svolgimento dell'istruttoria da parte delle amministrazioni;

b) il termine perentorio, non superiore a 15 giorni, entro il quale le amministrazioni interessate possono chiedere integrazioni documentali o chiarimenti relativi a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre Pubbliche Amministrazioni;

c) il termine perentorio, comunque non superiore a 45 giorni[6] entro il quale le amministrazioni interessate devono esprimere pareri, concerti, nulla osta o altri atti di assenso comunque denominati, per la conclusione del procedimento. "Se tra le amministrazioni interessate vi sono amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, o alla tutela della salute dei cittadini, il termine è di 90 giorni". Tale termine può essere diverso se diversamente stabilito da leggi o regolamenti assunti ai sensi dell'art. 2 della Legge n. 241/1990;
d) la data dell'eventuale riunione in modalità sincrona da tenersi entro 10 giorni dalla scadenza del termine di cui alla lett. c). Le amministrazioni coinvolte non hanno più

la possibilità di negoziare una data diversa da quella stabilita dall'amministrazione procedente.

Le fasi intermedie sopra descritte devono essere svolte rispettando comunque il termine finale di conclusione del procedimento, stabilito dalle leggi speciali che lo disciplinano. L'organizzazione della conferenza è in capo all'amministrazione procedente, anziché all'auto-determinazione della conferenza medesima, come stabiliva la disciplina precedente.

In alternativa all'indizione della conferenza di servizi in modalità semplificata, la stessa può svolgersi con la modalità simultanea e sincrona (come disciplinata dall'art. 14-*ter* della Legge n. 241/1990), secondo le discrezionali decisioni dell'amministrazione procedente, quando (art. 14-*bis*, comma 7):

- la determinazione da assumere sia di "particolare complessità". In questo caso, l'amministrazione procedente comunica alle amministrazioni coinvolte quanto previsto dai punti a) e b) sopra indicati e convoca la riunione entro i successivi 45 giorni;

- vi sia una richiesta motivata in tal senso, formulata dalle altre amministrazioni coinvolte o dal privato interessato entro il termine perentorio di 15 giorni dal ricevimento della comunicazione di indizione della conferenza. In tal caso la riunione è convocata nei successivi 45 giorni e viene annullata quella già stabilita preventivamente in fase di indizione della conferenza semplificata.

Secondo passo (eventuale). Le amministrazioni coinvolte chiedono integrazioni documentali o chiarimenti, entro i 15 giorni stabiliti dall'amministrazione procedente.

La norma non si pronuncia su come si debba dar seguito a questa richiesta. Neppure il D.P.R. n. 160/2010, all'art. 7, fornisce indicazioni al riguardo. In tal caso si potrà applicare l'art. 2, comma 7, della Legge n. 241/1990[7]. Si ritiene anche di poter fare riferimento all'art. 17, comma 3, della Legge n. 241/1990 (che tratta del procedimento in cui debbano essere acquisite "valutazioni tecniche"), dove si stabilisce che "nel caso in cui l'ente od organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie all'amministrazione procedente, si applica quanto previsto dal comma 4 dell'art. 16", cioè i termini del procedimento possono essere interrotti per una sola volta. In fondo, si tratta dell'analoga fase prevista per il procedimento di Scia, quando sia necessario procedere alla sua conformazione.

L'amministrazione procedente stabilirà un termine congruo per la presentazione delle integrazioni. In caso di presentazione delle integrazioni nei termini, l'amministrazione procedente le trasmette alle amministrazioni coinvolte e i tempi per l'espressione del parere o il rilascio di nulla osta o altri atti di assenso ricominciano a decorrere. In caso di mancata presentazione delle integrazioni nei termini, l'amministrazione procedente ne dà comunicazione alle amministrazioni coinvolte, chiedendo comunque di concludere l'endoprocedimento di rispettiva competenza, nei termini inizialmente stabiliti.

Terzo passo. Decorre il termine per l'espressione dei pareri, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, da parte delle Pubbliche Amministrazioni coinvolte.

Caso 1: pervengono nei termini, le determinazioni delle Pubbliche Amministrazioni coinvolte, contenenti pareri, concerti, nulla osta o altri atti di assenso (art. 14-*bis*, comma 3).

Tali determinazioni, "congruamente motivate" possono essere di tre tipi:

a) di assenso;

b) di dissenso;

c) di assenso con prescrizioni o condizioni.

Nel caso di determinazioni di dissenso, devono essere indicate, ove possibile, "le modifiche eventualmente necessarie ai fini dell'assenso".

Le prescrizioni o condizioni, eventualmente indicate ai fini dell'assenso, o del superamento del dissenso:

- devono essere chiare e analitiche;

- devono specificare se sono derivanti da un vincolo derivante da una norma o da un atto amministrativo o sono state stabilite discrezionalmente per la migliore tutela dell'interesse pubblico.

Caso 2: non pervengono nei termini, le determinazioni delle Pubbliche Amministrazioni coinvolte (art. 14-*bis*, comma 4).

La mancata comunicazione delle determinazioni entro i termini stabiliti equivale ad "assenso senza condizioni". Ai sensi del criterio di delega, il silenzio assenso investe anche le amministrazioni preposte alla tutela della salute, del patrimonio storico-artistico, dell'ambiente.

L'amministrazione procedente può (deve?) considerare assentite senza condizioni anche quelle determinazioni che pervengono con la formula del dissenso o dell'assenso con prescrizioni o condizioni, quando queste siano prive dei requisiti stabiliti dal comma 3, che qui si richiamano per chiarezza:

a) nel caso di determinazioni di dissenso, devono essere indicate, ove possibile, "le modifiche eventualmente necessarie ai fini dell'assenso";

b) le prescrizioni o condizioni, eventualmente indicate ai fini dell'assenso, o del superamento del dissenso:

- devono essere chiare e analitiche;

- devono specificare se sono derivanti da un vincolo derivante da una norma o da un atto amministrativo o sono state stabilite discrezionalmente per la migliore tutela dell'interesse pubblico.

In questo caso pare difficile che l'amministrazione procedente possa concludere positivamente il procedimento, a fronte di un dissenso "non motivato" di una Pubblica Amministrazione "tecnica", o possa concluderlo senza prescrizioni o condizioni, quando esse siano state espresse in modo non chiaro o analitico o non contengano i riferimenti di Legge, di atto amministrativo o discrezionali, che ne sono alla base. Si tratta di compito che pare eccessivamente gravoso e sproporzionato, a fronte di interessi pubblici che devono essere comunque tutelati.

In relazione all'assenso reso dall'amministrazione coinvolta, nel caso in cui esso sia "implicito" ovvero sia maturato a seguito di mancata comunicazione della determinazione, se non conforme a Legge, matura la responsabilità

dell'amministrazione inadempiente nei confronti dei terzi e quella dei singoli dipendenti nei confronti dell'amministrazione.

In ogni caso questa sorta di "silenzio assenso endoprocedimentale" non matura nel caso in cui "disposizioni del diritto dell'Unione Europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi", quali sono le autorizzazioni previste dal D.Lgs. n. 152/2006[8].

Purtroppo, la Legge non indica il comportamento che deve assumere l'amministrazione procedente: dovrà attendere indefinitamente o dovrà comunque concludere negativamente il procedimento alla scadenza dei termini? Dovrà sollecitare? Dovrà convocare la conferenza di servizi sincrona, nella data già indicata nella comunicazione di indizione della conferenza stessa? Quest'ultima ipotesi pare la più corretta.

Quarto passo. Conclusione del procedimento (comma 5). Scaduto il termine per la comunicazione delle determinazioni da parte delle amministrazioni coinvolte, l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione della conferenza entro 5 giorni lavorativi. Essa "sostituisce a ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati" (art. 14-*quater*, comma 1)[9].

Caso 1: conclusione positiva, qualora l'amministrazione procedente:

a) abbia acquisito esclusivamente atti di assenso non condizionato, anche implicito;

b) abbia acquisito atti di assenso con prescrizioni o condizioni e/o atti di dissenso dove siano indicate le modifiche da apportare ai fini dell'assenso e "ritenga, sentiti i privati e le altre amministrazioni interessate, che le condizioni e prescrizioni eventualmente indicate dalle amministrazioni ai fini dell'assenso o del superamento del dissenso possano essere accolte senza necessità di apportare modifiche sostanziali alla decisione oggetto della conferenza". Ovviamente, le attività volte a sentire i privati e le altre amministrazioni interessate devono compiersi entro i 5 giorni lavorativi, concessi dalla norma per l'adozione della determinazione conclusiva della conferenza di servizi. Il compito potrebbe risultare arduo.

Caso 2: conclusione negativa della conferenza di servizi, qualora l'amministrazione procedente abbia ricevuto uno o più atti di dissenso che non ritenga superabili. Tale determinazione comporta il rigetto della domanda. Pertanto, l'amministrazione procedente nella trasmissione del provvedimento negativo, precisa che esso produce gli effetti di cui all'art. 10-*bis* della Legge n. 241/1990. Decorsi i 10 giorni concessi al richiedente per presentare osservazioni:

a) se non sono state presentate osservazioni, la determinazione diventa efficace decorsi i 10 giorni. Di ciò dovrà essere dato atto nel provvedimento;

b) se sono state presentate osservazioni nel termine di 10 giorni, l'amministrazione procedente le trasmette alle amministrazioni coinvolte entro 5 giorni dal loro ricevimento e indice nuovamente la conferenza di servizi semplificata, fissando un nuovo termine per la conclusione. Sarà ragionevole, a questo punto del procedimento, fissare un termine breve, inferiore ai 45 giorni massimi previsti dalla norma. Conclusa la fase di valutazione delle osservazioni, nell'ipotesi che le amministrazioni coinvolte confermino - motivatamente - il provvedimento di dissenso, l'amministrazione

procedente adotta l'ulteriore determinazione (definitiva) di conclusione negativa della conferenza di servizi e di rigetto (definitivo) della domanda, motivando (così come avranno argomentato le amministrazioni coinvolte) il mancato accoglimento delle osservazioni. Anche in questo caso si ritiene che ciò debba avvenire entro 5 giorni lavorativi dalla decorrenza del termine fissato. Va considerata anche l'ipotesi che le amministrazioni accolgano le osservazioni e modifichino il proprio avviso. In tal caso l'amministrazione procedente adotterà una determinazione (definitiva) di conclusione positiva della conferenza.

Caso 3. Al di fuori dei casi sopra indicati, l'amministrazione procedente svolge la riunione della conferenza in modalità sincrona, ai fini dell'esame contestuale degli interessi coinvolti (art. 14-*bis*, comma 6). In tal caso ne dà immediata comunicazione alle amministrazioni interessate, ricordando la data già fissata in occasione dell'indizione della conferenza di servizi.

Si ritiene che, fra i casi che comportano l'attivazione, a questo punto del procedimento, della riunione della conferenza di servizi (che così prosegue senza soluzione di continuità dalla forma asincrona alla forma sincrona) vi siano:

a) eventuali prescrizioni dettate dalle amministrazioni coinvolte contrastanti fra loro o che necessitino di un esame contestuale per essere superate o armonizzate;

b) il mancato ricevimento delle determinazioni che devono essere assunte espressamente in base al diritto dell'Unione Europea (art. 14-*bis*, comma 4).

Lo svolgimento della conferenza simultanea Quando si svolge

La conferenza di servizi in forma simultanea e in modalità sincrona si svolge "con la partecipazione contestuale, ove possibile anche in via telematica" (art. 14-*ter*, comma 1):

a) quando ne ricorrano i presupposti (ad esempio quando le prescrizioni richiedano modifiche sostanziali del progetto) e in base all'autonoma determinazione dell'amministrazione procedente, che ne valuti la necessità, alla conclusione dei termini per il ricevimento delle determinazioni delle amministrazioni coinvolte (art. 14-*bis*, comma 6). In questo caso (dove la conferenzasimultanea è appendice della conferenza semplificata) si svolge nella data stabilita e già comunicata in fase di indizione della conferenza di servizi, ai sensi dell'art. 14-*bis*, comma 2, lett. d). L'amministrazione procedente comunica alle amministrazioni coinvolte le determinazioni pervenute nei termini e gli assensi impliciti, anche ai fini della nomina del rappresentante unico (la conferenza è facoltativa);

b) quando l'amministrazione procedente ritenga il procedimento particolarmente complesso o essa sia stata richiesta dall'interessato o da un'amministrazione coinvolta nel termine perentorio di 15 giorni dalla indizione della conferenzasemplificata. La decisione di accogliere la richiesta e procedere alla convocazione della conferenza simultanea è nella facoltà dell'amministrazione procedente. In quest'ultimo caso la conferenza si svolge nella data fissata ai sensi dell'art. 14-*bis*, comma 7 (entro i successivi 45 giorni dalla richiesta). Nella convocazione, l'amministrazione procedente dovrà comunicare a tutte le amministrazioni interessate e convocate che la fase "semplificata" viene annullata (la conferenza è facoltativa);

c) quando sia stata svolta la conferenza di servizi preliminare (la conferenza è obbligatoria);

d) quando il progetto sia sottoposto a valutazione di impatto ambientale (la conferenza è obbligatoria).

Termini di conclusione

I lavori della conferenza si concludono non oltre 45 giorni dalla data della prima riunione o non oltre 90 giorni "qualora siano coinvolte amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini" (art. 14-*ter*, comma 2). Dalla lettera della norma si evince che tale termine di 90 giorni, previsto quando siano coinvolte le amministrazioni che tutelano interessi sensibili, non vale nel caso in cui la conferenza simultanea sia l'appendice della conferenza semplificata; in tal caso, infatti, tali amministrazioni hanno già beneficiato di un maggiore tempo nella fase precedente.

Rappresentante unico

"Ciascun ente o amministrazione convocato alla riunione è rappresentato da un unico soggetto abilitato ad esprimere definitivamente e in modo univoco e vincolante la posizione dell'amministrazione stessa su tutte le decisioni di competenza della conferenza, anche indicando le modifiche progettuali eventualmente necessarie ai fini dell'assenso" (art. 14-*ter*, comma 3).

Nelle conferenze di servizio a cui partecipino anche amministrazioni non statali, quelle statali partecipano con un unico soggetto abilitato ad esprimere la posizione di tutte queste amministrazioni (art. 14-*ter*, comma 4). Se le amministrazioni statali sono centrali, il rappresentante unico è nominato dal Presidente del Consiglio dei Ministri; se le amministrazioni statali sono periferiche, il rappresentante unico è nominato dal Prefetto. "Le singole amministrazioni possono comunque intervenire ai lavori della conferenza in funzione di supporto". Le amministrazioni esponenti di interessi sensibili, prima della conclusione della conferenza, possono esprimere al rappresentante unico il proprio dissenso. La previsione del rappresentante "unico" delle amministrazioni statali corrisponde all'attuazione di apposito esplicito criterio della delega, ma costituisce una chiara complicazione dei procedimenti di competenza dello Sportello unico per le attività produttive[10].

"Ciascuna Regione e ciascun Ente Locale definisce autonomamente le modalità di designazione del rappresentante unico di tutte le amministrazioni riconducibili alla stessa Regione o allo stesso Ente Locale nonché l'eventuale partecipazione delle suddette amministrazioni ai lavori della conferenza" (art. 14-*ter*, comma 5). Altra complicazione! Gli Enti Locali e le Regioni potranno esercitare la discrezionalità nella definizione delle modalità di designazione del rappresentante unico, affinché esse siano snelle e non producano complicazioni. Sarà necessario un atto di regolamentazione generale.

Partecipazione di soggetti terzi

"Alle riunioni della conferenza possono essere invitati gli interessati, inclusi i soggetti proponenti il progetto eventualmente dedotto in conferenza" (art. 14-*ter*, comma 6). La precisazione della seconda frase induce a ritenere che possano essere convocati

anche altri "terzi" soggetti interessati, secondo le autonome valutazioni dell'amministrazione procedente.

In generale si ricorda che la Legge (delega) n. 124/2015 aveva previsto tra i principi e i criteri direttivi l'introduzione di modelli di istruttoria pubblica, per garantire "la partecipazione (anche telematica) degli interessati al procedimento", considerando anche, quindi, soggetti diversi dalle Pubbliche Amministrazioni. Era stata la Legge n. 69/2009 ad aprire ai privati la conferenza di servizi, prevedendo l'obbligo della convocazione (ovviamente senza diritto di voto) dei proponenti il progetto e/o dei gestori di pubblici servizi. Non si prevedeva e non si prevede tutt'ora l'inclusione espressa nel procedimento di soggetti portatori di interessi collettivi o diffusi o di interessi oppositivi alla realizzazione del progetto, come aveva invece previsto in modo innovativo il D.P.R. n. 448/1998[11], sia pure nell'ambito di una riunione *ad hoc*, nell'ambito dell'istruttoria.

Conclusione della conferenza

All'esito dell'ultima riunione, comunque nei termini stabiliti dalla Legge n. 241/1990, art. 14-*ter*, comma 2, l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione della conferenza, sulla base delle posizioni prevalenti espresse dalle amministrazioni partecipanti (art. 14-*ter*, comma 7). Nella "storia" della conferenza di servizi la determinazione conclusiva viene assunta una volta all'unanimità, una volta a maggioranza, una volta ancora "sulla base delle posizioni prevalenti". Il concetto di "prevalenza" appare di una certa complessità; non è la maggioranza numerica, ma è una misura "qualitativa" che l'amministrazione procedente dovrà determinare con discrezionalità e motivazione, soppesando e contemperando gli interessi, pubblici e privati, coinvolti nel procedimento. Si ritiene legittimo che, a fronte anche di una sola opposizione, ma che sia rilevante sotto il profilo dell'interesse pubblico tutelato, l'amministrazione procedente possa concludere negativamente la conferenza. Infatti, nella conferenza di servizi non vi è una valutazione complessiva del progetto da parte di ciascuna amministrazione; bensì, ciascuna di esse si pronuncia esclusivamente per il profilo di propria competenza, sarà l'amministrazione procedente ad effettuare una valutazione finale complessiva di tutte le posizioni espresse.

La norma ribadisce che, anche nel modello della conferenza simultanea si considera acquisito l'assenso senza condizioni:

a) delle amministrazioni che non hanno partecipato alla conferenza;

b) delle amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza, ma il cui rappresentante non ha espresso la propria posizione;

c) delle amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza, ma il cui rappresentante abbia espresso un dissenso non motivato;

d) delle amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza, ma il cui rappresentante abbia espresso un dissenso motivato, ma "riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza".

Di tutti questi casi, quando si verificano, dovrà essere dato atto nella determinazione di conclusione della conferenza. Non sarà semplice, per l'amministrazione procedente, adottare una determinazione conclusiva della conferenza positiva, sulla base dei

presupposti di cui alle lett. c) e d) che precedono, visto l'ampio margine di discrezionalità che dovrà esercitare per "accertare" tali presupposti, presumibilmente in contrasto con le amministrazioni interessate.

La decisione

"La determinazione motivata di conclusione della conferenza, adottata dall'amministrazione procedente all'esito della stessa, sostituisce a ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni e servizi pubblici interessati" (art. 14-*quater*, comma 1). E così, è chiaramente stabilita l'inefficacia dei provvedimenti endoprocedimentali di competenza delle amministrazioni coinvolte, al di fuori della determinazione finale della conferenza. Ciò è confermato dal comma 4 dell'art. 14-*quater*, che stabilisce che "i termini di efficacia di tutti i pareri, autorizzazioni, concessioni, nulla osta o atti di assenso comunque denominati acquisiti nell'ambito della conferenza di servizi decorrono dalla data di comunicazione della determinazione motivata di conclusione della conferenza".

In caso di approvazione unanime, la determinazione di conclusione della conferenza è immediatamente efficace (art. 14-*quater*, comma 3).

La normativa non indica espressamente il termine entro il quale deve essere adottata la determinazione di conclusione della conferenza simultanea (sono 5 giorni lavorativi dalla decorrenza del termine di conclusione della conferenza medesima, nel caso della conferenza di servizi semplificata). Varrà dunque la regola generale di rispetto dei termini di conclusione del procedimento; il principio di buon andamento suggerisce che essa sia adottata senza indugio.

In caso di approvazione sulla base delle posizioni prevalenti, l'efficacia della determinazione è sospesa ove siano stati espressi dissensi qualificati, per il periodo utile all'esperimento dei rimedi previsti dall'art. 14-*quinquies*. Si ricorda che i "dissensi qualificati" sono quelli espressi dalle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, della tutela della salute, della pubblica incolumità dei cittadini. È il caso di ricordare che il dissenso deve essere espresso in seno alla conferenza di servizi e deve essere motivato e pertinente; diversamente la posizione è assunta come positiva in modo incondizionato.

La sollecitazione dell'autotutela

Il comma 2 dell'art. 14-*quater* getta un'ombra di incertezza sul termine di efficacia della determinazione conclusiva della conferenza di servizi e non solo. Infatti si prevede che le amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione di conclusione della conferenza possano:

a) "sollecitare con congrua motivazione l'amministrazione procedente ad assumere, previa indizione di una nuova conferenza, determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'art. 21-*nonies*" (annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo), indipendentemente dalla partecipazione o meno alla conferenza di servizi;

b) sollecitare l'amministrazione procedente ad assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'art. 21-*quinquies*(revoca del provvedimento per sopravvenuti motivi di pubblico interesse o per un mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento). Non è detto se tale secondo

tipo di sollecitazione debba essere motivata e se debba prevedere la "previa indizione della conferenza di servizi", ma, per analogia con il primo tipo, si ritiene che anch'essa debba essere motivata e debba prevedere la previa indizione della conferenza di servizi. Questo secondo tipo di sollecitazione può essere presentata solo dalle amministrazioni che abbiano partecipato alla conferenza di servizi, anche per il tramite del rappresentante unico, o che "si siano espresse nei termini" (ovviamente nel solo caso della conferenza semplificata).

Le ombre di incertezza sul procedimento indotte dalla disciplina ora illustrata riguardano i tempi per la presentazione delle "sollecitazioni" richiamate, in relazione ai tempi per l'esercizio dell'autotutela, che si richiamano di seguito ai punti a) e b):

a) per l'esercizio dell'autotutela ai sensi dell'art. 21-*quinquies* non è stabilito alcun limite temporale, quindi - si potrebbe sostenere - anche per la "sollecitazione" prevista dall'art. 14-*quater*, comma 2, secondo periodo;

b) per l'esercizio dell'autotutela ai sensi dell'art. 21-*nonies* è stabilito un termine massimo di 18 mesi dall'adozione del provvedimento, quindi - si potrebbe sostenere - la "sollecitazione" prevista dall'art. 14-*quater*, comma 2, primo periodo, dovrà intervenire in tempo utile per l'esercizio dell'autotutela da parte dell'amministrazione procedente, previa indizione della conferenza di servizi.

I rimedi in caso di dissenso

La disciplina dei rimedi in caso di dissenso (art. 14-*quinquies*) è destinata alle amministrazioni preposte alla tutela di interessi qualificati (che si richiamano: la tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, della salute, della pubblica incolumità dei cittadini) "a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza". La medesima disciplina riguarda anche le amministrazioni regionali e delle Province autonome di Trento e di Bolzano.

Tali amministrazioni, alle condizioni sopra illustrate, possono proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri, entro 10 giorni dal ricevimento della determinazione di conclusione della conferenza. L'inversione dell'iniziativa, attribuita alle amministrazioni dissenzienti, invece che all'amministrazione procedente, come stabiliva la norma prima della modifica, dimostra una *favor* per la conclusione positiva del procedimento.

La proposizione dell'opposizione sospende l'efficacia della determinazione di conclusione della conferenza (art. 14-*quinquies*, comma 3); pertanto, anche se la norma non lo dice espressamente, l'atto di opposizione dovrà essere notificato a tutte le amministrazioni coinvolte nel procedimento e ai soggetti interessati, cui è destinato il provvedimento.

La Presidenza del Consiglio non è organo decisorio, ma di impulso alla composizione degli interessi. Esso, infatti, indice, entro 15 giorni dal ricevimento dell'opposizione, "una riunione con la partecipazione delle amministrazioni che hanno espresso il dissenso e delle altre amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza" (art. 14-*quinquies*, comma 4). Non è esplicitato se la partecipazione debba essersi verificata effettivamente o debba intendersi tutte le amministrazioni coinvolte nel procedimento.

Le amministrazioni che partecipano alla riunione devono formulare proposte tese a modificare, in modo condiviso, la formulazione della determinazione di conclusione della conferenza di servizi, senza modificarne gli "effetti", cioè l'esito positivo, ovvero la possibilità per il richiedente di intraprendere l'attività e/o l'opera oggetto del procedimento.

Qualora non sia raggiunta un'intesa e abbiano partecipato alla riunione anche amministrazioni delle Regioni o delle Province autonome di Trento e di Bolzano, "può essere indetta" (è indetta dalla Presidenza del Consiglio) una seconda riunione entro i successivi 15 giorni, "che si svolge con le stesse modalità e allo stesso fine" (art. 14-*quinquies*, comma 5).

Se si raggiunge l'intesa, l'amministrazione procedente adotta una nuova determinazione motivata di conclusione della conferenza (art. 14-*quinquies*, comma 6). Non è detto espressamente, ma la nuova determinazione dovrà essere conforme all'intesa e dare conto del processo di opposizione e di intervenuta intesa. Non è neppure indicato il termine entro il quale debba essere adottata la nuova determinazione; per analogia si può ritenere che essa debba essere assunta e comunicata a tutti gli interessati entro 5 giorni lavorativi dalla data dell'intesa (che dovrà essere oggetto, anche se non è detto, di apposito verbale sottoscritto dalle parti).

Se non si raggiunge l'intesa decide il Consiglio dei Ministri, di norma nella prima riunione successiva alla decorrenza del termine per il raggiungimento dell'intesa stessa. Alla riunione possono partecipare i presidenti delle Regioni o delle Province autonome interessate. In questo caso "partecipare" significa poter esprimere il proprio avviso, ma non avere diritto di voto. Si possono presentare tre casi:

a) il Consiglio accoglie l'opposizione. Ciò provoca l'inefficacia definitiva della determinazione di conclusione della conferenzadi servizi; pertanto l'amministrazione procedente dovrà procedere alla sua revoca. In effetti questo caso (teorico) non è disciplinato dalla normativa, ma pare logico prevederlo;

b) il Consiglio non accoglie l'opposizione e "la determinazione motivata di conclusione della conferenza acquisisce definitivamente efficacia". L'amministrazione procedente ne dovrà dare comunicazione a tutti gli interessati. Si ritiene che l'efficacia decorra dalla data in cui il Consiglio dei Ministri assume la decisione;

c) il Consiglio accoglie parzialmente l'opposizione, "modificando di conseguenza il contenuto della determinazione di conclusione della conferenza", anche tenendo conto degli esiti dei confronti di merito tra le amministrazioni che hanno partecipato alle riunioni. Non è detto, ma si ritiene che l'amministrazione procedente debba adottare senza indugio una nuova e corrispondente determinazione di conclusione della conferenza, vincolata nel contenuto in modo corrispondete alla modifica stabilita dal Consiglio dei Ministri.

Lo svolgimento della conferenza "preliminare" e la successiva conferenza decisoria

La conferenza preliminare si svolge con le stesse modalità della conferenza semplificata (art. 14-*bis*), "con abbreviazione dei termini fino alla metà". Le amministrazioni coinvolte si esprimono "sulla base della documentazione

prodotta dall'interessato", a significare che non sono previste richieste di chiarimenti o altre integrazioni.

Se, successivamente (non è indicato un termine), l'amministrazione procedente riceve l'istanza e il progetto definitivo dell'intervento valutato nella conferenza di servizi preliminare, indice la conferenza simultanea (art. 14-*ter*). In tale sede, le determinazioni espresse in sede di conferenza preliminare possono essere - motivatamente - modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nel successivo procedimento.

La conferenza per il procedimento di valutazione di impatto ambientale

In caso di valutazione di impatto ambientale, la conferenza di servizi viene convocata immediatamente in modalità sincrona. Essa è indetta entro 10 giorni dalla verifica della completezza documentale, che l'amministrazione competente deve effettuare entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza[12].

Le modalità e i tempi di svolgimento della conferenza di servizi devono tenere conto delle fasi e dei tempi del procedimento specifico di VIA, disciplinato dal D.Lgs. n. 152/2006.

Il coordinamento con le disposizioni di settore

Figura tra i principi e criteri direttivi della delega (art. 2, comma 1, lett. o) della Legge n. 124/2015) il coordinamento delle disposizioni generali in materia di conferenza di servizi con le normative di settore che prevedono lo svolgimento della conferenza di servizi. Il Decreto interviene su alcune discipline, non tutte, e in modo parziale:

1) sulla disciplina edilizia, prevedendo l'obbligo dello Sportello unico dell'edilizia ad acquisire direttamente gli atti di assenso comunque denominati, necessari ai fini della realizzazione dell'intervento edilizio, tramite conferenza di servizi;

2) sul procedimento ordinario dello Sportello unico per le attività produttive, dove ora l'indizione della conferenza di servizi è sempre obbligatoria;

3) sulla disciplina dell'autorizzazione unica ambientale, dove viene resa obbligatoria l'indizione della conferenza di servizi e viene eliminata la facoltà dei soggetti competenti in materia ambientale di esprimere parere positivo anche senza intervenire alla conferenza di servizi, tramite la semplice trasmissione dei relativi atti di assenso;

4) sul Codice dell'ambiente, rendendo obbligatoria anche in questo caso l'indizione della conferenza di servizi;

5) sul Codice dei beni culturali e del paesaggio, stabilendo che, nel caso in cui, tra le autorizzazioni richieste per la realizzazione dell'intervento vi sia anche l'autorizzazione paesaggistica, l'amministrazione procedente effettua la comunicazione di indizione della conferenza sia all'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione, sia al soprintendente che deve esprimere il parere previsto dall'art. 146, del D.Lgs. n. 42/2004.

Le iniziative di accompagnamento

Il Consiglio di Stato, nel parere rilasciato allo schema del Decreto, segnala l'opportunità che la modifica normativa sia accompagnata da interventi "non normativi", per meglio conseguire lo scopo della Legge.

Innanzitutto, il Consiglio di Stato segnala l'opportunità che "alla semplificazione procedimentale della conferenza si accompagni un'attività di semplificazione sostanziale, che si concretizzi in politiche pubbliche capaci di regolare e graduare i diversi interessi, allo scopo di rendere più agevole la loro composizione". Al riguardo richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013, laddove si afferma che "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri".

In secondo luogo, il Consiglio richiama il ruolo del "fattore umano" nella gestione del procedimento. Il funzionario che conduce/coordina la conferenza di servizi deve essere capace di condurre la conferenza verso la "tempestiva" assunzione della decisione finale, preferendo la soluzione del problema del cittadino rispetto alla ricerca del compromesso tra amministrazioni. "Deve essere capace, da un punto di vista giuridico, di assumersi le sue responsabilità senza timori piuttosto che preferire soluzioni più prudenti, ma meno efficaci o addirittura inutili. Deve essere capace, da un punto di vista tecnico, di non limitarsi all'analisi dei profili giuridico-amministrativi nella valutazione dei diversi interessi pubblici, ma di considerare anche gli aspetti economici delle problematiche all'esame, misurando e quantificando l'impatto delle misure amministrative da adottare". Ne consegue la necessità di un robusto piano di formazione.

In terzo luogo il Consiglio di Stato sollecita "un'opera di comunicazione istituzionale delle potenzialità dei nuovi strumenti, di diffusione di una cultura del cambiamento, rivolta agli amministratori ma soprattutto agli operatori privati, affinché siano consapevoli che possono esigere un certo tipo di servizio, di tempistica, di partecipazione". Dalla data di entrata in vigore della norma (28 luglio 2016), sul sito www.italiasemplice.gov.it[13] erano già in linea i primi documenti illustrativi della conferenza di servizi: un opuscolo destinato ai cittadini e alle imprese, una guida operativa e le FAQ.

Infine il Consiglio suggerisce che la fase di implementazione della riforma venga "accompagnata da adeguate misure di monitoraggio delle prassi applicative e di analisi dei relativi effetti". "Inoltre, proprio dal monitoraggio delle prassi si possono ricavare buone pratiche da diffondere, ovvero elementi per un intervento correttivo mirato".

Alcune considerazioni critiche

La nuova disciplina della conferenza di servizi presenta innovazioni che vanno nel segno della semplificazione, della chiarezza (per quanto possibile) delle fasi procedimentali, della organicità della materia. Tuttavia, all'occhio dell'operatore emergono alcuni aspetti critici, che si richiamano sinteticamente.

In primo luogo si deve annotare, come già evidenziato, che il riferimento alle "posizioni prevalenti", richiamato come parametro in base al quale l'amministrazione procedente deve assumere la decisione finale della conferenza di servizi è un concetto ambiguo: non è unanimità e non è maggioranza, non può essere minoranza, quindi, che cosa è dal punto di vista logico? È evidente che incombe **sul responsabile della decisione un compito gravoso,** nell'esercizio del quale dovrà contemperare gli

interessi coinvolti, pubblici e privati, facendo riferimento ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, motivando in modo robusto e logico, la decisione assunta.

In secondo luogo appare una complicazione la previsione del rappresentante unico, in particolare quello delle amministrazioni statali, ma anche quello delle amministrazioni che fanno riferimento alla Regione. Nel primo caso si pensi ai Vigili del fuoco e alle Soprintendenze; il loro coordinamento sarà un compito gravoso, soprattutto se assunto da un rappresentante della Prefettura, che non ha competenze specifiche in merito e dovrà presenziare solo per votare la posizione delle amministrazioni rappresentante; e dovrà essere necessariamente un voto plurimo, perché i Vigili del fuoco potrebbero approvare gli aspetti di sicurezza, mentre la Soprintendenza potrebbe rigettare il progetto sotto il profilo della tutela dei beni architettonici e viceversa. Nel secondo caso si pensi ad ARPA e all'AUSL, per i quali valgono le stesse considerazioni svolte or ora.

In terzo luogo pare eccessivamente oneroso dover convocare una seconda conferenza di servizi per valutare le osservazioni del privato nel caso del procedimento *ex* art. 10-*bis*, Legge n. 241/1990.

In quarto luogo purtroppo, non si può non rilevare come le Pubbliche Amministrazioni, quando sono costrette a comportamenti difficilmente sostenibili da punto di vista pratico, imposte da leggi che non tengono conto della realtà organizzativa e professionale degli enti ai quali sono destinate, ricercano e trovano soluzioni formali corrette, ma non efficienti e contrarie agli obiettivi che la Legge si pone. Forse, qualche amministrazione potrebbe giudicare pochi 15 giorni per poter richiedere integrazioni e, se non riuscirà a rispettare i tempi, interverrà nella fase successiva a recuperare la situazione, formulando dinieghi o assensi condizionati che non favoriranno la soluzione positiva per l'utente.

Infine, si trovano in tante parti della norma ampi ambiti di discrezionalità per le Pubbliche Amministrazioni e, in particolare, per l'amministrazione procedente. Questo aspetto può essere giudicato negativamente, dal lato dell'utente, se esso è utilizzata per dinieghi, e anche dal lato del legislatore, che vorrebbe dettare analiticamente i comportamenti delle amministrazioni; ma in realtà dovrebbe essere considerato un aspetto positivo, perché la crescita delle Pubbliche Amministrazioni passa da una crescita culturale degli operatori che lavorano meglio con leggi di principi e mettendo in campo robuste competenze amministrative, competenze che consentono di esercitare la discrezionalità tecnica e amministrativa con consapevolezza e rispetto dei principi dell'ordinamento nonché delle finalità delle leggi, per il migliore risultato a beneficio degli utenti, nel rispetto degli interessi pubblici che la Legge decide di tutelare.

---

(1) "Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi in attuazione dell'art. 2 della Legge 7 agosto 2015, n. 124".

(2) Per questa tipologia di conferenza di servizi sono stati aggiunti, tra gli atti interessati alla conclusione del procedimento, rispetto alle formulazioni tipiche e ripetute con le stesse parole nelle diverse tipologie di conferenze, le "autorizzazioni" e le "concessioni". Si tratta di atti che rientrano nella categoria più generale degli "atti di assenso, comunque denominati", pertanto non se ne capisce la ragione.

(3) La convocazione della conferenza di servizi è resa obbligatoria dalle modifiche introdotte al D.Lgs. n. 152/2006dall'art. 5 del D.Lgs. n. 127/2016.

(4) "Norme in materia ambientale".

(5) Stabilita dall'art. 47 del Codice dell'amministrazione digitale, D.Lgs. n. 82/2005. Esso prevede che possa essere usata la PEC o anche la posta elettronica normale che trasmetta documenti firmati digitalmente, nonché in cooperazione applicativa.

(6) Le FAQ del Ministero precisano che "il termine decorre dalla data di invio della comunicazione". Invero, con il procedimento telematico, la data di invio della comunicazione dovrebbe coincidere con la data di ricevimento della stessa, da parte delle amministrazioni destinatarie.

(7) Che stabilisce che i termini di conclusione del procedimento "possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta 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". Si rileva che anche le FAQ del Ministero fanno riferimento a questa norma.

(8) "Norme in materia ambientale". Si tratta di autorizzazioni quali la valutazione di impatto ambientale, l'autorizzazione integrata ambientale, ecc.

(9) Una FAQ ministeriale precisa che "nel caso in cui le disposizioni vigenti prevedano che il pagamento di oneri, diritti ecc. avvenga contestualmente al rilascio degli atti di assenso, il rilascio della determinazione che li sostituisce avverrà contestualmente al pagamento degli stessi".

(10) Sul tema cfr., di C. Facchini, *Lo Sportello unico per le attività produttive - Gestione del procedimento con la nuova conferenza di servizi e con la nuova Scia - Progettazione del servizio e Controllo di gestione*, Milano, 2016.

(11) Abrogato dal D.P.R. n. 160/2010.

(12) D.Lgs. n. 152/2006, "Norme in materia ambientale", art. 23.

(13) Il sito del Governo dedicato all'attuazione dell'Agenda per la semplificazione.

9. IL RAPPRESENTANTE UNICO DELLE AMMINISTRAZIONI STATALI. CHIARIMENTI INTERPRETATIVI - IL COMMENTO

di Mariangela Benedetti

L. 07-08-1990, n. 241, Art. 14-ter

Con il parere n. 1127 del 27 aprile 2018 il Consiglio di Stato risponde ad alcuni dubbi interpretativi sul Rappresentate unico delle amministrazioni statali posti dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per il coordinamento

amministrativo (DICA), Ufficio per la concertazione amministrativa e il monitoraggio. Il parere è di particolare interesse perché, oltre a intervenire su uno degli elementi più qualificanti del nuovo modello generale di conferenza di servizi, così come delineato dal D.Lgs. 30 giugno 2016, n. 127, offre, a due anni di distanza dall'entrata in vigore del decreto, una prima prospettiva della sua attuazione concreta e di alcuni problemi applicativi ad essa collegati.

Sommario: Un rappresentante unico per ciascun livello di governo - Le tematiche affrontate dal Consiglio di Stato - Gli elementi ancora da chiarire - Valutazioni conclusive

Un rappresentante unico per ciascun livello di governo

L'art. 14 ter, comma 4, D.Lgs. 30 giugno 2016, n. 127 introduce, nell'ambito della (sola) conferenza di servizi simultanea, la figura del Rappresentante unico statale; in coerenza a quanto indicato dai criteri di delega contenuti nell'articolo 2 della L. 7 agosto 2015, n. 124, viene stabilito che quando alla conferenza partecipano sia amministrazioni non statali che amministrazioni statali, queste ultime devono essere "rappresentate da un unico soggetto abilitato ad esprimere definitivamente in modo univoco e vincolante la posizione di tutte le predette amministrazioni, nominato, anche preventivamente per determinate materie o determinati periodi di tempo, dal Presidente del Consiglio dei ministri, ovvero, ove si tratti soltanto di amministrazioni periferiche, dal Prefetto".

Il tema della rappresentanza delle amministrazioni partecipanti alla conferenza di servizi era già stato affrontato dal legislatore nel 2000 quando, a integrazione della vecchia formulazione dell'art. 14 ter della L. 7 agosto 1990, n. 241, veniva stabilito che "ogni amministrazione convocata partecipa alla conferenza di servizi attraverso un unico rappresentante legittimato, dall'organo competente, ad esprimere in modo vincolante la volontà dell'amministrazione su tutte le decisioni di competenza della stessa". La disposizione - introducendo il principio della rappresentanza all'interno di una stessa amministrazione partecipante alla conferenza - risolveva (o perlomeno tentava di risolvere) uno dei nodi problematici della vecchia disciplina, quello legato alla non corretta modalità di partecipazione alle riunioni della conferenza. Il problema si sostanziava nel fatto che alle riunioni prendevano spesso parte, da un lato, una pluralità di soggetti che, seppur afferenti alla stessa amministrazione, finivano per esprimere posizioni diverse sul contenuto del parere da rilasciare in conferenza; dall'altro, persone non abilitate a impegnare l'amministrazione su tutte le decisioni di competenza della conferenza. Tali aspetti di complessità attuativa, che di fatto si sostanziavano - e purtroppo ancora si sostanziano(1) - nella mancata espressione del parere da parte dell'amministrazione chiamata a esprimersi in conferenza, sono stati tenuti in considerazione anche dal legislatore delegato. Infatti, di fronte alla perdurante necessità di evitare che il conflitto interno a una stessa amministrazione

si manifesti (e spesso rimanga irrisolto) in seno alla conferenza di servizi, al comma 3 dell'art. 14 ter della L. n. 241 del 1990 come modificato dal D.Lgs. n. 127, è stato ripreso e confermato il principio dell'unicità della rappresentanza "interna" di una stessa amministrazione.

Ad integrazione e in aggiunta di questo principio, il legislatore ha poi postulato quello maggiormente innovativo - e oggetto del parere del Consiglio di Stato - **relativo all'unicità della rappresentanza di amministrazioni diverse che operano a uno stesso livello territoriale di governo compreso quello statale**. Si tratta, evidentemente, di un principio di notevole impatto riformatore in quanto non solo garantisce la riduzione del numero di interlocutori abilitati a esprimere un dissenso in conferenza ma, operando in modo sinergico al principio della "rappresentanza interna", definisce il tipo di conflitto che può legittimamente determinarsi, ossia quello verticale tra diversi livelli di governo.

È evidente che la figura del Rappresentante unico tra amministrazioni diverse, seppur realizza un importante effetto di semplificazione, introduce una modifica sostanziale nel modello decisionale della conferenza di servizi andando a incidere sul suo tradizionale ruolo di "meccanismo procedurale (e organizzativo) preordinato ad agevolare, per il tramite del confronto diretto, la composizione degli interessi affidati alla cura di differenti uffici pubblici"(2). Infatti, sul piano procedurale, al fine di consentire al Rappresentante unico di presentare la posizione delle amministrazioni rappresentante in seno alla conferenza di servizi, è necessario spostare al di fuori e prima della stessa conferenza il momento istruttorio utile alla formazione della posizione unitaria. Sul fronte decisionale, il fatto che all'interno della conferenza la dialettica tra gli interessi pubblici possa essere considerata solo in modo verticale, esclude (o perlomeno rischia di escludere) coalizioni orizzontali e trasversali tra amministrazioni diverse coinvolte nella cura del medesimo interesse pubblico(3).

Di notevole rilievo poi l'assenza di un esplicito riferimento che connoti il tipo di relazione che si instaura tra Rappresentante unico e amministrazioni rappresentate. La quasi totale assenza di disciplina di questo rapporto, seppur guardata con favore dal Consiglio di Stato che ne ha apprezzato il carattere aperto e flessibile(4), finisce per affidare alla discrezionalità e all'autonoma interpretazione del Rappresentante unico le scelte sul suo contenuto. È evidente che questo aspetto costituisce il terreno più fertile su cui può attecchire - e di fatto ha attecchito - il rischio di maggior conflitto e resistenza all'applicazione del nuovo istituto. Infatti, all'interno della conferenza di servizi le amministrazioni centrali sono tenute a tutelare i propri interessi dialogando non più direttamente con l'amministrazione procedente, bensì con il Rappresentante unico individuato all'interno della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Il tema è particolarmente rilevante perché, a prescindere dai dubbi interpretativi sollevati al Consiglio di Stato e che vengono di seguito illustrati, ha in realtà a che

fare con quello, di carattere più generale, del ruolo che si intende attribuire al Rappresentante unico e al modo in cui cambiano, per effetto della sua introduzione, la stessa struttura dell'azione amministrativa e le modalità di ponderazione degli interessi pubblici statali.

Le tematiche affrontate dal Consiglio di Stato

Con la nota n. 4821 dell'8 marzo 2018 la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per il coordinamento amministrativo, Ufficio per la concertazione amministrativa ed il monitoraggio, anche prendendo spunto da dubbi interpretativi sollevati da alcune amministrazioni statali, ha chiesto al Consiglio di Stato di fornire chiarimenti sulla corretta modalità di applicazione di quattro aspetti della disciplina sul Rappresentante unico statale, ossia: 1. l'ambito di applicazione soggettiva del Rappresentante unico statale, così come ricavabile dall'espressione "amministrazioni statali" utilizzata nel comma 4 dell'art. 14 ter; 2. la possibilità di applicare il potere di rappresentanza all'amministrazione procedente, nel caso in cui quest'ultima sia anche un'amministrazione statale da rappresentare; 3. l'applicabilità dell'istituto del rappresentante unico nell'ambito della procedura di autorizzazione integrata ambientale (AIA); 4. la modalità e i tempi entro cui il rappresentante unico dello Stato può modificare il proprio parere.

Si tratta di tematiche diverse che sono, in parte, di carattere generale, in parte di carattere specifico; in parte risultano connesse alla prima applicazione dell'istituto, in parte sembrano legate all'interpretazione del nuovo istituto e al ruolo che ad esso il legislatore intende dare; inoltre, mentre alcune erano già state individuate come problematiche da primi commentatori della disciplina(5), altre non erano state ancora rilevate come tali.

Di seguito si dà brevemente conto delle quattro tematiche presentate dalla Presidenza del Consiglio dei ministri e la risposta fornita su ciascuno di esse dal Consiglio di Stato.

a) L'ambito di applicazione dell'espressione "amministrazioni statali". In base a quanto stabilito dall'art. 14 ter, le amministrazioni che devono essere rappresentate da un unico soggetto abilitato a esprimere definitivamente in modo univoco e vincolante le rispettive posizioni sono quelle statali. È evidente che l'individuazione del perimetro da attribuire alle parole "amministrazioni statali" risulta di particolare interesse poiché incide - in termini quantitativi e qualitativi - sull'ampiezza della rappresentatività del nuovo istituto.

Il problema interpretativo non sarebbe quello di chiarire se l'espressione "amministrazioni statali" rappresenti un genus della più ampia nozione di "amministrazioni pubbliche", come già sarebbe desumibile dalla formulazione letterale dell'art. 1, comma 2, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, quanto quello di far rientrare all'interno dell'espressione "amministrazioni statali" amministrazioni ulteriori e diverse da quelle "centrali" (ministeri e agenzie governative) come, ad esempio, gli enti pubblici non economici nazionali da quelle stesse amministrazioni vigilati. Il dubbio è legato agli effetti che, in caso di esclusione degli enti vigilati dall'ambito di applicazione soggettivo della disciplina, si andrebbero a produrre all'interno della conferenza di servizi: mentre le amministrazioni centrali parteciperebbero alla conferenza solo attraverso il Rappresentante unico statale, gli enti vigilati da quelle stesse amministrazioni godrebbero di rappresentanza autonoma.

Sul punto il Consiglio di Stato chiarisce espressamente che l'ente pubblico non economico, seppur vigilato da altre amministrazioni centrali, debba essere presente nella conferenza di servizi come soggetto a sé stante. La motivazione di tale scelta andrebbe innanzitutto rinvenuta nell'interpretazione letterale fornita dall'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165 che configura le "amministrazioni dello Stato a ordinamento autonomo come soggetti distinti dalle amministrazioni dello Stato in senso stretto"(6). All'interpretazione letterale, l'organo consultivo aggiunge poi quella sistematica fornendo due ulteriori argomenti di ordine teleologico.

Il primo è il diverso interesse pubblico curato dal soggetto controllato rispetto al controllore; tale diversità non solo sarebbe alla base della costituzione stessa dell'ente pubblico controllato - chiamato proprio per mandato istitutivo al perseguimento di un interesse specifico (e diverso da quello generale perseguito dall'ente controllore) - ma impedirebbe la formazione di quell'unitarietà di posizione che è, invece, chiamato a realizzare il Rappresentante unico.

Il secondo argomento è, invece, rappresentato dalla necessità di scongiurare, anche solo sul piano potenziale così come richiesto dall'art. 6 bis della L. n. 241 del 1990, il conflitto di interesse che potrebbe configurarsi qualora si accogliesse "l'ipotesi di riunire in capo ad un unico soggetto, se pure per scopi definiti e per un tempo limitato, le qualità di vigilante e di vigilato". Il Consiglio di Stato, dunque, contempera l'obiettivo di semplificazione perseguito dalle norme sulla conferenza di servizi con il principio generale di imparzialità delle funzioni e, sulla base di quest'ultimo, richiama la necessità di tenere distinti interessi diversi come misura di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

b) L'estensione del potere di rappresentanza all'amministrazione procedente. Con questo secondo tema, la Presidenza del Consiglio chiede al Consiglio di Stato di chiarire gli esatti confini da attribuire al potere di rappresentanza del Rappresentante unico statale rispetto all'amministrazione procedente; in altri termini se il rappresentante unico possa rappresentare anche l'amministrazione procedente o

solamente le amministrazioni statali diverse da quella procedente. Il dubbio emerge quando, come spesso accade alle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, l'amministrazione procedente è chiamata sia ad adottare la determinazione conclusiva della conferenza, sia ad esprimere un parere al rilascio del provvedimento finale. In questa ipotesi, infatti, si verrebbero a determinare difficoltà operative dovute alle sovrapposizioni fra il ruolo di responsabile del procedimento e quello di Rappresentante unico.

Due sono, ad avviso della Presidenza del Consiglio, le soluzioni possibili. **La prima suggerisce la totale distinzione dei ruoli: l'amministrazione statale procedente "non dovrebbe essere attratta dalla rappresentanza unica statale, ma dovrebbe partecipare alla conferenza di servizi autonomamente, attraverso un proprio rappresentante". Nella seconda soluzione, invece, si avrebbe una parziale sovrapposizione dei ruoli in capo all'amministrazione procedente: la rappresentanza coinvolgerebbe solo la funzione consultiva (escludendo dunque quella decisionale) che la stessa è chiamata ad esercitare nell'ambito dello stesso procedimento.** Sul punto il Consiglio di Stato fornisce un'indicazione aperta; nell'attuale fase di applicazione della disciplina l'organo consultivo suggerisce di "evitare sovrapposizioni e confusioni di ruoli" indicando come più opportuna soluzione applicativa quella di "tener ancora ben distinti i ruoli del rappresentante unico delle amministrazioni statali e dell'amministrazione statale procedente anche quando quest'ultima è chiamata ad esprimere, altresì, atti di assenso, pena altrimenti uno sdoppiamento delle funzioni in capo allo stesso soggetto difficilmente comprensibile". Ciò nonostante, osserva il Consiglio di Stato, tale chiave interpretativa non esclude che si possa giungere a configurare un Rappresentante unico completamente coincidente anche con l'amministrazione procedente. A favore di tale interpretazione deporrebbe non solo l'assenza di una norma che espressamente lo vieti, ma anche la lettura sistematica della disposizione che, nell'ottica della semplificazione e velocizzazione dei procedimenti, favorirebbe proprio la coincidenza di tali posizioni. L'unico divieto possibile, dunque, sarebbe riconducibile al caso in cui la sovrapposizione tra le due posizioni realizzi - in concreto - un conflitto di interessi, come già rilevato quando a coincidere sono la posizione di vigilante e di vigilato.

A ben vedere, l'aspetto considerato è di ben più ampio interesse essendo legato - come indicato dalla stessa Presidenza - **al ruolo che si intende attribuire al Rappresentante unico statale che oscilla tra due diversi modelli: quello della terzietà rispetto ai soggetti che partecipano alla conferenza o quello della sovrapponibilità dei ruoli**. Come osservato, infatti, se da un lato l'amministrazione procedente "in quanto responsabile del procedimento sembra essere la più adatta ad assumere la rappresentanza unitaria delle altre amministrazioni appartenenti al suo medesimo livello di governo"; dall'altro, scegliere un'amministrazione diversa (da quella procedente) potrebbe "assicurare la diversità dei ruoli tra i diversi soggetti che

partecipano alla conferenza compensando, quando c'è stato, il fallimento dell'amministrazione procedente nella conclusione della conferenza semplificata"(7).

c) **L'applicabilità dell'istituto del rappresentante unico nell'ambito della conferenza convocata per il rilascio dell'AIA. Il quesito chiede chiarimenti anche sulla corretta modalità di partecipazione dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) alla conferenza di servizi indetta, ai sensi dell'art. 29 quater, comma 5, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, per il rilascio dell'AIA**. Nel dettaglio, l'Ufficio per la concertazione amministrativa e il monitoraggio del DICA chiede al Consiglio di Stato di verificare se "l'ISPRA debba partecipare alla conferenza di servizi, ovvero se la "proposta" (cd. Piano di monitoraggio) di tale istituto debba essere, invece, considerata come preesistente e costituire dunque l'oggetto della conferenza stessa"(8).

A tal proposito, l'organo consultivo descrive innanzitutto le peculiarità della conferenza indetta nell'ambito del procedimento AIA come disciplinato dall'art. 29 quater del D.Lgs. n. 152 del 2006. Si tratta di una conferenza decisoria, con partecipazione del privato richiedente l'autorizzazione e l'acquisizione obbligatoria dei pareri del Sindaco, relativamente alle emissioni nocive all'ambiente, e dell'ISPRA (o delle Agenzie regionali e provinciali per la protezione dell'ambiente), relativamente al monitoraggio e al controllo degli impianti e delle emissioni nell'ambiente. La conferenza è finalizzata ad acquisire tutti gli atti di assenso di settore delle amministrazioni coinvolte, raccordandoli con i fondamentali atti istruttori che caratterizzano la procedura, in particolare il Piano di monitoraggio e controllo reso dall'ISPRA, che costituisce parte integrante del decreto di AIA.

Nei termini appena descritti, dunque, il Consiglio di Stato chiarisce sia che la proposta dell'ISPRA non rappresenta l'oggetto della conferenza stessa (essendo quest'ultima rappresentata solo dall'originaria domanda dell'interessato al rilascio dell'AIA), sia che l'ISPRA è tenuta a partecipare alla conferenza essendo la sua proposta elemento essenziale per decidere se rilasciare o meno l'autorizzazione. Tale partecipazione, inoltre, deve avvenire con proprio rappresentante distinto dal Rappresentante unico statale poiché, in coerenza a quanto chiarito sull'ambito di applicazione soggettivo del Rappresentante unico, l'ISPRA è un ente non economico statale.

d) La modificabilità del parere da parte del rappresentante unico dello Stato. L'ultimo aspetto chiarito dal Consiglio di Stato è relativo alla possibilità che il Rappresentante unico, dopo aver reso il proprio parere, possa modificarlo. Il dubbio si pone quando, nel corso della riunione sincrona che caratterizza la conferenza di servizi simultanea emergano, da parte dei rappresentanti delle altre amministrazioni partecipanti alla conferenza, elementi (nuovi) che possono incidere (modificandolo) sul parere unico presentato dal Rappresentante unico statale. In questo caso, il Rappresentante unico

potrebbe giudicare opportuno discutere tali elementi di novità con una (o più) delle amministrazioni interessate e da lui rappresentante al fine di una eventuale modifica della posizione espressa. In questa circostanza, ad avviso dell'ufficio richiedente, il Rappresentante unico statale potrebbe rendere un nuovo parere che di fatto annullerebbe il precedente.

Sul punto, il Consiglio di Stato chiarisce che l'unica posizione del Rappresentante unico giuridicamente rilevante è quella che risulta dal verbale conclusivo della conferenza. Sino a chiusura della conferenza, dunque, il Rappresentante unico può rivedere la propria posizione scegliendo, come modalità di formazione della sua (nuova) volontà, quella che ritiene più opportuna. È evidente, tuttavia, che quando nel corso della conferenza altre amministrazioni (diverse da quelle statali) rendano noti elementi nuovi che richiedono una valutazione ulteriore, al Rappresentante unico deve essere data (dall'amministrazione procedente) la possibilità di confrontarsi ulteriormente con le amministrazioni rappresentate e di tener conto dei loro eventuali ulteriori rilievi. In questo caso, spiega l'organo consultivo, non si avrebbe un nuovo parere ma semplicemente una "modalità ulteriore di giungere all'unico atto di assenso rilevante, ovvero quello che risulta dal verbale conclusivo della conferenza"(9).

A ben vedere il Consiglio di Stato nell'affrontare il tema della modificabilità del parere del Rappresentante unico non tiene conto di un significativo elemento di complicazione, ossia il fattore tempo: nell'ambito della conferenza di servizi simultanea - a differenza di quanto espressamente indicato per la conferenza semplificata - non sono, infatti, previsti termini per la predisposizione della determinazione conclusiva del provvedimento. A seguito di tale circostanza, l'amministrazione procedente, che intende rispettare i termini di conclusione del procedimento, è tenuta ad organizzare l'ultima riunione della conferenza simultanea prima dei termini di conclusione dei suoi lavori. Ma cosa accade se gli elementi nuovi, che richiedono una valutazione ulteriore da parte di una (o più) delle amministrazioni rappresentate dal Rappresentante unico, vengono presentate proprio in quell'ultima riunione? Come si concilia il dovere dell'amministrazione procedente di dare al Rappresentante unico la possibilità di confrontarsi con le amministrazioni rappresentate con l'obbligo del rispetto del termine del procedimento? In parte il problema sembrerebbe essere affrontato dal legislatore delegato quando riconosce alle amministrazioni rappresentate la possibilità di partecipare ai lavori della conferenza; la previsione, infatti, garantisce alle amministrazioni rappresentate di dialogare con il Rappresentante unico in modo contestuale ai cambiamenti che la decisione sta subendo a seguito del dibattito in conferenza. È evidente, tuttavia, che tale ipotesi oltre a generare l'effetto di costringere il Rappresentante unico a farsi accompagnare fisicamente da tutte le amministrazioni rappresentate alle riunioni in conferenza (o quantomeno all'ultima), rischia di non risolvere il "problema tempo" quando le osservazioni presentate richiedono un'analisi più lunga.

Gli elementi ancora da chiarire

Il parere del Consiglio di Stato fornisce primi chiarimenti interpretativi sulla nuova figura del Rappresentante unico delle amministrazioni statali e su alcuni dei principali dubbi applicativi ad esso afferenti. Si tratta di chiarimenti importanti che, seppur non risolvono tutti gli aspetti di problematicità e complessità legati all'attuazione dell'istituto, tracciano una prima importante strada per risolverli.

Esistono tuttavia ulteriori dubbi interpretativi e applicativi che le amministrazioni si trovano ad affrontare nell'applicazione della nuova figura del Rappresentante unico.

L'esistenza di tali dubbi risulta, almeno in parte, del tutto fisiologica essendo legata, da un lato, alla novità della rappresentanza a livello statale; dall'altro, alla scelta compiuta dal legislatore di disciplinare l'istituto solo nei "minimi termini" rimandando, dunque, alla discrezionalità del Rappresentante unico statale (Presidente del Consiglio dei ministri e Prefetture) le scelte relative al suo concreto funzionamento. Va inoltre rilevato il ritardo(10) accumulato nell'attuazione dell'istituto da parte delle singole Prefetture, probabilmente anche in ragione dell'assenza di un atto di indirizzo applicativo da parte del Ministero dell'interno, il primo del quale arrivato solo il 5 settembre 2017(11).

Alla luce di tali considerazioni è possibile, dunque, individuare ulteriori elementi di complessità della disciplina sul Rappresentante unico statale che, se non tempestivamente gestiti, potrebbero depotenziare - o vanificare del tutto - l'effettiva, efficace ed omogenea applicazione dell'istituto.

Di tali aspetti se ne individuano tre in particolare.

Il primo riguarda l'applicabilità all'attività istruttoria necessaria alla formazione della posizione unica statale, delle stesse regole procedurali previste per la conferenza di servizi e, in particolare, di quella relativa al silenzio-assenso. Come già indicato, l'istituto del Rappresentante unico anticipa l'opera di composizione, ponderazione e sintesi degli interessi delle amministrazioni rappresentate, ponendola di fatto in una fase parallela allo svolgimento della conferenza vera e propria. Infatti, per maturare la posizione "univoca e vincolante" da esprimere in seno alla conferenza, il Rappresentante unico non può far altro che confrontarsi con le singole amministrazioni (statali) coinvolte, acquisire i relativi pareri tecnico-amministrativi, "verificare i punti di accordo e quelli di disaccordo con la proposta presentata dall'amministrazione procedente" e - sulla base di quelli - "costruire le basi per una posizione comune a tutte le amministrazioni rappresentate"(12).

Nell'ambito di questa fase istruttoria potrebbero verificarsi comportamenti ostruzionistici che, al pari di quanto osservato per le riunioni della conferenza di servizi(13), rischiano di determinare il rinvio della formazione della posizione unitaria da portare in conferenza. È evidente che, in assenza di meccanismi procedimentali di

salvaguardia, la mancata (o ritardata) formazione della posizione del Rappresentante unico finirebbe per compromettere i tempi dei lavori della conferenza di servizi e, più in generale, il rispetto dei termini procedimentali. Tali effetti sembrano non solo incoerenti rispetto agli obiettivi perseguiti dal legislatore con l'adozione della nuova conferenza di servizi, e con la scelta di importare al suo interno il meccanismo del silenzio-assenso tra le pubbliche amministrazioni così come disciplinato dall'art. 3 della L. n. 124 del 2015, ma rischiano altresì di compromettere la tenuta complessiva della riforma. Quest'ultima, tenuto conto dei criteri di delega(14), fa perno infatti, sulla scelta di gestire tutte le possibili "fughe" dall'istituto della conferenza alla luce dei principi ragionevolezza, economicità, leale collaborazione e, soprattutto, al fine di giungere sempre alla conclusione del procedimento entro i termini previsti. Una lettura logico-sistematica della disciplina, dunque, sembrerebbe far ritenere non ragionevole un arretramento delle tutele procedimentali in una fase di svolgimento dei lavori della conferenza che, seppur realizzata prima e al di fuori della stessa conferenza, è ad essa strettamente funzionale. L'analisi dell'applicabilità concreta di questa interpretazione estensiva, tuttavia, deve tener conto di alcuni elementi di complessità. Innanzitutto la diversa prospettiva in cui si muove l'azione del Rappresentante unico a seconda che il suo intervento si realizzi in una conferenza di servizi direttamente indetta in forma simultanea, ovvero convocata dopo lo svolgimento della semplificata. Se in quest'ultima ipotesi la sua attività può essere indirizzata alla sola composizione del dissenso tra le amministrazioni che hanno già espresso il proprio parere in semplificata; nella prima ipotesi, il Rappresentante unico deve prima richiedere i pareri (o atti di assenso comunque denominati) a ciascuna amministrazione rappresentata e poi, sulla base di quelli, comporre la posizione unitaria. Entrambe le ipotesi incidono sull'applicabilità del silenzio-assenso. È evidente, infatti, che mentre nel primo caso (simultanea successiva alla semplificata) risulta difficile applicare l'istituto del silenzio esistendo un parere già espresso in semplificata; nel secondo (simultanea diretta) manca una proposta rispetto alla quale il silenzio può essere fatto valere. Di fronte a tali problematicità, e in attesa di osservare come si comporteranno in concreto i Rappresentanti unici che dovessero imbattersi in questa circostanza, un rimedio attivabile potrebbe essere quello di portare l'inerzia all'interno della conferenza di servizi. In altri termini, in occasione della presentazione della posizione unitaria all'interno della conferenza il Rappresentante unico potrebbe segnalare al responsabile del procedimento - chiamato ad adottare la determinazione motivata di conclusione della conferenza - l'inerzia di una delle amministrazioni da lui rappresentate con il vantaggio di far applicare il silenzio assenso dal responsabile del procedimento rispetto alla sua proposta di conclusione della conferenza. Un secondo aspetto problematico legato all'applicazione della disciplina sul Rappresentante unico statale è riconducibile alla precisa individuazione dei casi in cui il potere di nomina del Rappresentante unico spetta al Presidente del Consiglio oppure al Prefetto.

La disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 127 del 2016 utilizza come criterio distintivo la tipologia di amministrazioni statali coinvolte nella conferenza di servizi: quando a partecipare sono solo amministrazioni statali, ovvero amministrazioni statali e amministrazioni periferiche, la designazione spetta al Presidente del Consiglio; quando, invece, alla conferenza prendono parte solo amministrazioni periferiche la designazione spetta al Prefetto. Seppur la disposizione - nella sua formulazione letterale - risulta semplice e chiara, la sua applicazione concreta ha sollevato diversi dubbi interpretativi; il problema deriva, in parte, dal fatto che ci sono amministrazioni centrali le cui articolazioni periferiche risultano particolarmente complesse (si pensi, ad esempio, al Ministero dei beni per le attività culturali); in parte, all'esistenza di soggetti che, rappresentando una dimensione sovra-ordinata a quella delle amministrazioni che la compongono (si pensi, ad esempio, agli enti parco interregionali) hanno determinato perplessità sull'ampiezza dell'interesse da essi tutelato e sul criterio da utilizzare per l'individuazione del corretto Prefetto competente alla designazione.

È evidente che queste incertezze interpretative incidono sulla tempestività dell'applicazione della disciplina del Rappresentante unico in quanto il responsabile del procedimento potrebbe - come di fatto già accaduto - richiedere la designazione al soggetto sbagliato. Al fine di garantire maggiore certezza applicativa e celerità dei lavori della conferenza di servizi sarebbe, dunque, auspicabile che la Presidenza del Consiglio, sulla base dell'esperienza fino ad oggi maturata, formuli, con l'ausilio di tutte le amministrazioni centrali, un elenco il più possibile completo delle loro articolazioni periferiche, e indichi, eventualmente anche attraverso la pubblicazione di FAQ, come sono stati risolti casi dubbi e sulla base di quali valutazioni.

Un terzo aspetto di complessità è legato all'assenza di criteri soggettivi di individuazione del **Rappresentante unico statale**; le uniche indicazioni contenute nell'art. 14 ter, infatti, fanno riferimento alla durata del mandato stabilendo che la designazione può avvenire "anche preventivamente per determinate materie o determinati periodi di tempo". Nel primo caso il Rappresentante unico è nominato di volta in volta, per ciascun procedimento al cui interno si innesta la conferenza di servizi; nel secondo caso, invece, il rappresentante unico è (virtualmente) nominato per tutte le conferenze di servizi simultanee indette all'interno dell'intervallo temporale del suo mandato. Mentre la prima soluzione consente di scegliere il Rappresentante più idoneo a seconda degli specifici procedimenti all'interno dei quali si innesta la conferenza, la seconda sembra favorire una maggiore speditezza organizzativa(15) e una specializzazione del ruolo di Rappresentante unico e delle singole attività che è chiamato a svolgere. Sul piano operativo, l'assenza di specifici criteri soggettivi ha prodotto risultati diversi a seconda che la designazione del Rappresentante spetti al Presidente del Consiglio o al Prefetto. Nel primo caso, l'affidamento al DICA, organo istituzionalmente chiamato a esercitare ogni attività di coordinamento amministrativo, ha circoscritto il bacino dei soggetti designabili al

personale presente al suo interno. La scelta in concreto realizzata è stata quella di attingere prevalentemente al bacino dei propri dirigenti. I criteri soggettivi utilizzati hanno dunque fatto leva non tanto sulle competenze tecniche del singolo, quanto piuttosto sull'esperienza maturata nella gestione degli uffici di dirigenza generale che, punto di snodo tra la politica e l'amministrazione, richiedono l'esercizio di funzioni generaliste, competenze manageriali, di coordinamento anche inter-amministrativo e di gestione. Discorso diverso quando la designazione del Rappresentante unico statale spetta alle Prefetture; qui, in mancanza di specifiche indicazioni operative sul punto, va innanzitutto rilevata la loro piena discrezionalità nella scelta dei criteri (soggettivi) di designazione. Inoltre, seppur in assenza di un'attività di monitoraggio che lo confermi in modo oggettivo, è possibile rilevare la preferenza delle Prefetture a individuare il Rappresentante unico scegliendo tra le amministrazioni statali (periferiche) coinvolte nella conferenza di servizi utilizzando come criterio quello della rilevanza dell'interesse coinvolto nel procedimento.

Tale scelta, seppur concettualmente condivisibile e legittimamente già seguita da altre amministrazioni interessate alla designazione del Rappresentante unico(16), in parte disattende la ratio della disciplina che sembra maggiormente orientata a valorizzare l'azione diretta della Prefettura attraverso l'individuazione del Rappresentante attingendo alle risorse presenti all'interno dell'Ufficio territoriale del Governo. Del resto, l'attribuzione alla Prefettura del potere di designazione del Rappresentante unico statale appare strumentale al recupero e alla valorizzazione della sua originaria funzione di coordinamento amministrativo e di raccordo che, realizzandosi in senso orizzontale tra più amministrazioni, gli consente (o almeno dovrebbe consentirgli) di raggiungere più facilmente quella unitarietà di posizioni richiesta dalla normativa. A sostegno di tale tesi, l'interpretazione sistemica della disciplina sulla conferenza di servizi che deve essere letta in coerenza non solo al ruolo di coordinamento attribuito al Presidente del Consiglio(17) quando le amministrazioni da rappresentare sono anche (o solo) amministrazioni centrali ma, più in generale, al complessivo processo di modernizzazione e di semplificazione dell'amministrazione avviato con la L. n. 124 del 2015. Tale riforma, infatti, prevede un ambizioso disegno di trasformazione dell'organizzazione amministrativa nella prospettiva dell'unità attraverso "la revisione del ruolo degli uffici territoriali dello Stato, che diventano 'punto di contatto unico tra amministrazione periferica dello Stato e cittadini', nonché attraverso l'istituzione del rappresentante unico statale con funzione di accentramento delle competenze che concorrono nella definizione di determinati assetti di interessi"(18).

Valutazioni conclusive

Alla luce di quanto fin qui detto, è evidente che tra i cambiamenti più rilevanti apportati dalla riforma alla disciplina della conferenza di servizi va certamente indicato l'istituto del Rappresentante unico statale.

A ben vedere l'importanza di questo istituto è collegata non tanto alla sua originalità e innovatività, quanto al fatto che la sua introduzione è strumentale all'applicazione di un principio generale e coerente con il canone costituzionale del buon andamento dell'amministrazione pubblica: quello dell'unitarietà dell'interesse pubblico statale. Come rilevato anche dal Consiglio di Stato, infatti, è grazie al Rappresentante unico che "si configura la possibilità di interfacciarsi con un unico interlocutore per l'insieme degli interessi pubblici di matrice statale"(19). Tuttavia, i problemi applicativi descritti in precedenza, dimostrano che nel nostro ordinamento giuridico l'interesse pubblico statale risulta difficilmente perseguito in modo unitario atteso che lo Stato, nell'ambito delle decisioni pubbliche, appare prevalentemente frammentato e contradditorio. Le diverse amministrazioni ad esso riconducibili si trovano solitamente a rappresentare in maniera contrastante l'interesse pubblico; a prevalere è il singolo interesse tutelato, anche all'interno della conferenza di servizi che, invece, come stato osservato(20), è l'istituto nato proprio per rispondere al meglio all'idea del whole-of-government approach. Emerge dunque un quadro di potenziale fragilità dell'istituto del Rappresentante unico che se, da un lato (con le amministrazioni centrali), incontra maggiori contrasti e resistenze; dall'altro (con le amministrazioni periferiche) trova un'applicazione scarsa e spesso non coerente agli obiettivi della riforma. A peggiorare ulteriormente il quadro si segnalano i seguenti tre aspetti: 1) scelte regolatorie(21) che aprono formalmente la strada a fughe dall'istituto; 2) l'assenza di indicazioni chiare e precise su aspetti, quali quelli descritti in precedenza, che potrebbero inficiare l'applicazione dell'istituto; 3) il ritardo accumulato nell'attuazione del Rappresentante unico anche a livello regionale. In merito a quest'ultimo aspetto, ad esempio, si segnala che ad oggi solo il Lazio(22), la Toscana(23), il Veneto(24) e la Lombardia(25) hanno adottato una disciplina generale sul Rappresentante unico regionale mentre la Campania lo ha introdotto con esclusivo riferimento ai procedimenti per il rilascio di valutazione di impatto ambientale. Il dato non è confortante poiché manifesta non solo una prevalente disattenzione al tema e alla corretta implementazione della nuova disciplina, ma anche un evidente empasse delle Regioni nella scelta dell'ampiezza da attribuire alla rappresentanza rispetto alla pletora di soggetti, enti, amministrazioni che ruotano intorno alle strutture regionali.

Eppure i conflitti e le resistenze all'applicazione dell'istituto del Rappresentante unico potrebbero, almeno in parte, essere gestiti se tutti gli attori istituzionali coinvolti tenessero a mente la lezione di un grande Maestro del diritto che già nel 1939 nella elaborazione della teoria del potere discrezionale affermava che "la distribuzione della cura degli interessi assunti come fini dallo Stato fra i vari organi dell'amministrazione, implica che ciascun interesse sia attribuito ad un organo o a un gruppo organizzato di organi fra cui viene ridistribuito in vario modo. Distribuzione non significa però ripartizione in compartimenti chiusi, poiché un determinato interesse pubblico non esiste mai isolato nel mondo sociale; assegnando la cura di questo interesse ad un

organo, gli si deve permettere anche di tener conto di altri interessi che con quello concorrono o con quello accedono"(26).

(1) Sul punto si veda Cons. Stato, Sez. V, 21 aprile 2016 n. 1583, sent. in cui, con riferimento alla Regione Campania, si osserva che "è da escludere che la medesima amministrazione regionale possa dar luogo ad un conflitto con se stessa risolvibile dal Consiglio dei Ministri; nella conferenza di servizi del 12 giugno 2014 non risulta che il rappresentante della Regione Campania abbia manifestato la posizione unitaria della Regione; né abbia valutato le specifiche risultanze della conferenza...e abbia adottato la determinazione motivata di conclusione del procedimento [...]". Oppure, Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2010, n. 4575, sent. che con riferimento al Lazio osserva che "la Regione deve essere considerata come una unica amministrazione, non riscontrandosi una soggettività giuridica distinta per ciascuna delle sue strutture organizzative; la sua posizione nella conferenza deve essere perciò espressa da un unico rappresentante, quale risultato di sintesi della preliminare ponderazione interna dei vari profili di interesse coinvolti; tutto ciò essendo coerente con le finalità di semplificazione e concentrazione dei procedimenti amministrativi perseguite con lo strumento della conferenza di servizi, eluse se la rappresentanza di ciascuna amministrazione è frammentata con il rischio, da un lato, che la sua manifestazione di volontà non sia univocamente individuabile e, dall'altro, che sia alterata l'espressione dell'indirizzo maggioritario nell'ambito della conferenza a causa della pluralità di voti espressi a nome di una stessa amministrazione".

(2) G. Vesperini, Superare la frammentazione: la conferenza simultanea e il ruolo del rappresentante unico, in S. Battini (a cura di), La nuova disciplina della Conferenza di servizi, Roma, Nel Diritto Editore, 2016, 49.

(3) L'aspetto, in chiave critica, è stato rilevato da Marco Bombardelli in uno dei primi commenti alla normativa; M. Bombardelli, Le novità della Riforma Madia - La nuova disciplina della Conferenza di servizi, in Giur. it., 2016, 12, 2793.

(4) Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 15 marzo 2016, n. 0890/2016 avente ad oggetto "Schema di decreto legislativo recante norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", 52 "La Commissione speciale esprime il proprio favore per una disciplina che - integrata con le osservazioni che si vedranno - appare bilanciata, prevedendo: da un lato una regolazione aperta e flessibile del rapporto tra rappresentante unico e altre amministrazioni statali che non impone la preventiva fissazione di vincoli di mandato imperativo ma lascia correttamente al rappresentante unico un margine discrezionale di azione in relazione all'andamento dei lavori della conferenza [...]".

(5) Si fa in particolare riferimento alle osservazioni di Giulio Vesperini che nell'ambito dei primi commenti al D.Lgs. n. 127 del 2017 ha sottolineato che "la norma non contiene indicazioni né sui criteri ai quali ancorare la scelta del rappresentante unico, né sull'ambito di applicazione della disciplina da essa dettata". Cfr. G. Vesperini, Superare la frammentazione, cit., 48.

(6) Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 29 marzo 2018, Parere n. 01127/2018, cit., 6.

(7) Ibidem, 48.

(8) Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 29 marzo 2018, Parere n. 01127/2018, cit., 11.

(9) Ibidem, 13.

(10) L'Ufficio per la semplificazione e sburocratizzazione ha rilevato nelle sue attività di monitoraggio sulle misure di semplificazione introdotte dalla L. n. 124 del 2015 (cd. riforma Madia) che per il periodo agosto-dicembre 2016 la scarsa nomina del rappresentante unico da parte delle Prefetture. Il dato, rilevato in collaborazione con il Ministero dell'Interno, seppur rilevato all'inizio della fase di applicazione della disciplina, in parte può essere giustificato dalla diminuzione delle conferenze di servizi simultanee a cui prendono parte le amministrazioni periferiche dello Stato; in parte può essere riconducibile alla non corretta applicazione della nuova conferenza di servizi simultanea che continuerebbe ad essere attuata secondo il vecchio modello procedimentale, ossia con la partecipazione in simultanea di tutte le amministrazione coinvolte.

(11) Cfr. Ministero dell'Interno, Dipartimento per le politiche del personale dell'amministrazione civile e per le risorse finanziarie e strumentali, Circ. n. 28 del 5 settembre 2018 avente ad oggetto la Conferenza di servizi.

(12) Cfr. G. Vesperini, Superare la frammentazione, cit., 52.

(13) Cfr. S. Paparo, La Conferenza di servizi alla prova dei fatti: le nuove soluzioni alla luce dell'esperienza applicativa, in S. Battini (a cura di), La nuova disciplina della Conferenza di servizi, cit., 155.

(14) Si veda in particolare il criterio indicato all'art. 2, comma 1, lett. n), L. 7 agosto 2015, n. 124: "definizione, nel rispetto dei princìpi di ragionevolezza, economicità e leale collaborazione, di meccanismi e termini per la valutazione tecnica e per la necessaria composizione degli interessi pubblici nei casi in cui la legge preveda la partecipazione al procedimento delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico-artistico, della salute o della pubblica incolumità, in modo da pervenire in ogni caso alla conclusione del procedimento entro i termini previsti".

(15) Va infatti considerato il rischio di allungamento dei tempi causati dal fatto che la nomina del rappresentante unico, in quanto contenuta in un D.P.C.M., è soggetta a registrazione da parte dell'Ufficio del Bilancio e per il riscontro della regolarità amministrativo contabile - UBRRAC della Presidenza del Consiglio e della Corte dei conti.

(16) Si fa riferimento alla disciplina della Regione Lazio che all'art. 86, comma 2 del Regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi della giunta regionale, come modificato dalla delibera di Giunta n. 386 del 5 luglio 2016 stabilisce espressamente che il rappresentante unico regionale avviene "[...] sulla base della ricognizione dell'interesse prevalente effettuata nell'ambito della prima riunione della conferenza di servizi interna".

(17) Dello stesso avviso il Consiglio di Stato che nel parere sulla bozza di decreto ha rilevato che "Al fine di evitare incertezze interpretative, se la ratio sottesa a tale disposizione è quella di demandare tale nomina (non all'amministrazione con le competenze prevalenti, o ad altra amministrazione diversamente individuata, bensì) al dirigente dell'U.T.G. (i.e.: al Prefetto) - scelta che appare anche più coerente con l'indicazione del Presidente del Consiglio per le amministrazioni centrali - occorrerebbe stabilirlo in modo più chiaro" (Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 15 marzo 2016, Parere n. 0890/2016, cit., 52-53).

(18) A. Pajno, La giustizia amministrativa nel 2016, in questa Rivista, 2016, 2, 39.

(19) Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 29 marzo 2018, Parere n. 01127/2018, cit., 4.

(20) S. Battini, La trasformazione della Conferenza di servizi e il sogno di Chuang-Tzu, in S. Battini (a cura di), La nuova conferenza di servizi, cit., 6.

(21) Si veda in particolare il D.L. 17 ottobre 2016, n. 189, convertito con modificazioni dalla L. 15 dicembre 2016, n. 229 che all'articolo 16, prevede una Conferenza permanente alla quale partecipano un rappresentante del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, della Regione, dell'Ente Parco e del comune territorialmente competente. Oppure, ancora, l'Ordinanza n. 16 del 3 marzo 2017 del Comm. Gov. per la ricostruzione nei territori interessati dal sisma del 24 agosto 2016, che nel definire la composizione della Conferenza permanente ha previsto la presenza di un rappresentante unico delle amministrazioni statali diverse Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che partecipano in proprio.

(22) Cfr. Lazio, Regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi della Giunta regionale, 6 settembre 2002, n. 1, art. 87 (Conferenza di servizi interna) come

modificato dal Reg. reg. 13 luglio 2016 n. 13, dal Reg. reg. 14 febbraio 2017, n. 4, dal Reg. reg. 5 gennaio 2018, n. 2, e dal Reg. reg. 31 gennaio 2018, n. 3.

(23) Cfr. Toscana, L. R. 30 maggio 2017 n. 25 avente ad oggetto "Disposizioni in materia di conferenza di servizi. Modifiche alla legge regionale n. 1/2009, alla legge regionale n. 40/2009 e alla legge regionale n. 10/2010".

(24) Cfr. Veneto, Delibera di Giunta 25 settembre 2017 n. 1503, avente ad oggetto "Disposizioni di organizzazione per l'attuazione dell'art. 14-ter della Legge n. 241/1990 in materia di rappresentante unico nella conferenza di servizi".

(25) Cfr. Lombardia, Delibera di Giunta 12 febbraio 2018 n. 10/7844 avente ad oggetto "Prime determinazioni per la definizione dei criteri di individuazione del rappresentante unico della Regione, di cui all'articolo 14-ter, comma 3, della legge 241/1990, e delle modalità per l'espressione della posizione univoca e vincolante regionale in conferenza di servizi, ai sensi dell'articolo 2 della L.R. 36/2017".

(26) M.S. Giannini, Il potere discrezionale della pubblica amministrazione, Milano, 1939, ora in Scritti, I, Milano, 2

IL D.M. 7 MARZO 2018, N. 49.

LA DIREZIONE LAVORI E LA CONTABILITÀ

di Matteo Baldi

D.M. 07-03-2018, n. 49, epigrafe

Il decreto in commento, per la parte relativa all'appalto dei lavori, costituisce il nucleo centrale di tutta l'esecuzione, compendiando in poche norme la disciplina del rapporto contrattuale dalla consegna fino all'ultimazione. La disciplina è condizionata dalla scelta del legislatore, espressa sin dalla legge delega, di dare attuazione al codice puntando sulla flessibilità dello strumento (linee guida di carattere generale, proposte dall'ANAC, approvate con D.M.) che comporta la sostituzione di una dettagliata disciplina di fonte regolamentare risalente nelle linee essenziali al 1865, con una disciplina generale la cui specificazione è rimessa alle singole amministrazioni in sede contrattuale. L'esito del sistema risente quindi della capacità delle amministrazioni di adeguarsi al nuovo metodo.

Sommario: Artt. 1-3 - Il direttore dei lavori - Rapporti con il RUP - Gli strumenti per l'esercizio dell'attività di direzione e controllo - Artt. 4-5 - Attestazione dello stato dei luoghi e consegna dei lavori - Artt. 6 e 7 - Funzioni e compiti in fase di esecuzione e connesse responsabilità - a) Responsabilità - b) Accettazione dei materiali - Verifica del rispetto degli obblighi dell'esecutore e del subappaltatore - Art. 8 - Varianti - Art. 9 - Contestazioni e riserve - Art. 10 - Sospensione dei lavori - Controllo amministrativo e contabile - a) Il giornale dei lavori - b) I libretti delle misure - c) Il

registro di contabilità - e) il conto finale dei lavori - Art. 12 - Funzioni e compiti al termine dei lavori

Artt. 1-3 - Il direttore dei lavori - Rapporti con il RUP - Gli strumenti per l'esercizio dell'attività di direzione e controllo

Pubblicato sulla G.U. 15 maggio 2018, n. 111, il Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti 7 marzo 2018, n. 49, costituisce attuazione dell'art. 111, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici), che prevede una revisione della disciplina della direzione lavori, unitamente all'intera disciplina della contabilità. La disciplina recata dal decreto sostituisce quella transitoria prevista dalla Parte II, Titolo IX, Capi I e II, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del d.P.R. n. 207/2010, contenenti gli artt. da 178 a 210, norme applicabili in base alla previsione dell'art. 216, comma 17. L'obbligatorietà della figura del direttore lavori negli appalti pubblici era già disposta nel R.D. 25 maggio 1895, n. 350, in cui le funzioni oggi assegnate al responsabile del procedimento (RUP) erano nella titolarità dell'ingegnere capo, che con ordine di servizio nominava il direttore dei lavori ed il personale che lo coadiuvava, impartendo le istruzioni necessarie per garantire la regolarità della condotta dei lavori (artt. 1, 6 e 7). Secondo la concezione consolidata il direttore dei lavori, in virtù dei compiti e delle funzioni devolutegli, anche quando non sia un dipendente dell'amministrazione, deve ritenersi comunque inserito funzionalmente e temporaneamente nell'apparato organizzativo dell'amministrazione pubblica, quale organo tecnico e straordinario della stessa. La giurisprudenza è orientata nel senso dell'instaurazione di un rapporto di servizio in senso lato tra pubblica amministrazione e direttore lavori, in ragione dell'esercizio di poteri autoritativi nei confronti dell'appaltatore. A tale configurazione consegue la devoluzione della giurisdizione in relazione alla responsabilità per i danni cagionati durante l'esecuzione dell'incarico da parte del direttore lavori alla Corte dei conti, ai sensi dell'art. 52, comma 1, R.D. 12 luglio 1934, n. 1214. I giudici contabili hanno interpretato in maniera piuttosto ampia l'ambito della propria giurisdizione in quanto giudice della responsabilità amministrativo-contabile, in relazione a tutti danni arrecati alla stazione appaltante dal direttore dei lavori, anche se coincidente con la figura del progettista, sul presupposto dell'esercizio temporaneo di funzioni pubbliche in nome e nell'interesse della stazione appaltante, insito nell'incarico, ciò che conferisce all'attività espletata rilievo pubblicistico. Il rapporto di servizio, costituente presupposto per la soggezione alla giurisdizione della Corte dei conti viene individuato nell'inserimento, anche in virtù di atto di investitura diverso da quello della nomina a pubblico impiego, come nel caso dell'affidamento dell'incarico di direzione lavori a un professionista, nell'organizzazione amministrativa, in quanto nello svolgimento della propria attività il direttore lavori applica le regole proprie dell'attività amministrativa, ed in particolare esercita poteri autoritativi nei confronti dell'appaltatore ed è assoggettato alle direttive e istruzioni che formula l'amministrazione pubblica committente, tramite un organo sovraordinato, quale

nella vigenza del R.D. n. 350 del 1895 era l'ingegnere capo(1). L'art. 24 del codice, riproponendo in larga parte la disciplina degli artt. 90 e 92 del previgente D.Lgs. n. 163/2006, individua quali soggetti ai quali può essere affidata la direzione lavori, gli uffici tecnici delle stazioni appaltanti, gli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori, gli organismi di altre pubbliche amministrazioni ed operatori economici esterni alla stazione appaltante meglio elencati all'art. 46 con la precisazione che la definizione dei requisiti che devono possedere le società di professionisti, le società di ingegneria e i loro consorzi prima contenuta agli artt. 254, 255 e 256 nel previgente Regolamento n. 207/2010, è demandata ad un apposito decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti(2).

La rilevante novità del codice è il venir meno della preferenza sancita dall'art. 130 del D.Lgs. n. 163/2006 per l'affidamento della direzione lavori al progettista(3). Tutta l'evoluzione legislativa a partire dalla L. n. 109 del 1994 è imperniata sulla valorizzazione nell'ambito del procedimento finalizzato alla realizzazione di un'opera pubblica della progettazione, quale strumento primario fondamentale per il perseguimento dell'interesse al quale è preordinata l'opera, nel rispetto dei tempi e dei costi programmati. L'art. 16 della L. n. 109/1994 aveva profondamente innovato la materia della progettazione, istituendo una struttura tripartita formata da tre livelli di progettazione, finalizzati al conseguimento della maggiore e migliore attendibilità possibile circa le previsioni tecnico - economiche di un lavoro o di un'opera pubblica, in modo da limitare al massimo il ricorso a varianti in corso d'opera ed evitare prolungamenti dei tempi di esecuzione ed incontrollati incrementi di spesa(4). Tali livelli erano considerati l'articolazione di successivi approfondimenti tecnici e costituivano una suddivisione di contenuti che tra loro interagiscono e si sviluppano, senza soluzione di continuità. L'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, con Determinazione 31 gennaio 2001, n. 4, aveva ribadito il principio posto dalla legge chiarendo che deve sostanzialmente esistere coerenza tra tutti i tre livelli di progettazione e che il progetto esecutivo deve necessariamente fornire una chiara rappresentazione, in relazione a qualunque opera da realizzare, di tutte le caratteristiche dimensionali e tipologiche e di ogni sua componente con un grado di definizione e di dettaglio che sia il maggiore possibile, i particolari costruttivi devono far parte del progetto esecutivo e non possono essere rinviati alla fase esecutiva e rimessi a carico dell'appaltatore. L'art. 16, L. n. 109 del 1994, come attuato dagli artt. 35 ss., d.P.R. n. 554 del 1999 introduce nel nostro ordinamento la procedimentalizzazione dell'attività di progettazione delle opere pubbliche, confermata dagli artt. 90 ss. D.Lgs. n. 163 del 2006, e dagli artt. da 17 a 43 del d.P.R. n. 207 del 2010, con l'obiettivo di eliminare i rischi di una progettazione approssimata, e di concentrare in unico soggetto le responsabilità progettuali, relativamente all'ultimo livello della progettazione. L'obiettivo del legislatore qualifica le norme che impongono la necessità dell'esistenza del progetto esecutivo, completo e dettagliato, sin dal momento della indizione della gara d'appalto, quali disposizioni di carattere

imperativo, risultando inammissibile affidare all'Impresa aggiudicataria, in corso d'opera, il completamento o l'integrazione del medesimo progetto esecutivo ed illegittima ogni eventuale clausola capitolare di segno contrario(5).

Nella nuova disciplina recata dagli artt. 23 - 27 del D.Lgs. n. 50 del 2016 viene confermata la suddivisione in tre livelli di progettazione, e viene anche accentuata la procedimentalizzazione con l'obiettivo di una maggiore qualità progettuale anche di dettaglio. La novità più rilevante rispetto al precedente quadro normativo è rappresentata innanzi tutto dal superamento dello "studio di fattibilità" e del "progetto preliminare", di cui al d.P.R. n. 207 del 2010, attraverso l'introduzione, al Capo II, del "progetto di fattibilità tecnica ed economica". Il progetto preliminare viene sostituito dal progetto di fattibilità tecnica ed economica che si caratterizza soprattutto per la necessità che in esso sia individuata, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire. Il nesso tra progettazione e direzione lavori è lo snodo fondamentale del perseguimento degli obiettivi di tutte le riforme che sono succedute nel tempo a partire dalla L. n. 109 del 1994. La scelta del codice previgente era ispirata all'intento della concentrazione in un unico soggetto delle responsabilità inerenti la progettazione e l'attuazione della stessa, sotto il profilo dei compiti del soggetto deputato ad assicurare la conformità dei lavori al progetto, in cui si sostanzia la direzione lavori, sul presupposto che ciò potesse agevolare la corretta esecuzione dell'opera. Tuttavia, considerato che la maggior parte del contenzioso che riguarda gli appalti pubblici e dei conseguenti ritardi nell'esecuzione delle opere è legato ad aspetti progettuali, tale scelta determinava quale inevitabile conseguenza l'allontanamento di soluzioni che consentissero di superare le problematiche legate alla qualità dei progetti. Ciò in ragione dell'evidente sostanziale conflitto di interessi tra il soggetto che in qualità di progettista aveva determinato il sorgere della problematica, e quello al quale, in qualità di direttore lavori era demandata, se non la soluzione, la proposta e l'iniziativa della soluzione stessa(6).

Quindi l'accentuazione del livello di dettaglio e la qualità progettuale rendono più complesso e gravoso il compito del direttore lavori, richiedendo una diligenza qualificata ed adeguata agli obiettivi della funzione esercitata(7). L'art. 101, comma 3 del codice presenta il direttore lavori quale interlocutore esclusivo, per conto della stazione appaltante, con l'esecutore in merito agli aspetti tecnici ed economici del contratto. Tuttavia l'intelaiatura dei rapporti tra direttore lavori, RUP ed esecutore appare più complessa. Il regolamento integra e fornisce la disciplina di dettaglio anche dell'art. 101 del codice, che attribuisce al direttore dei lavori le funzioni essenziali di controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento, strumentali all'obiettivo che i lavori siano eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto e al contratto, funzioni cui consegue la responsabilità del coordinamento e della supervisione dell'attività di tutto l'ufficio di direzione dei lavori(8). Al direttore lavori spetta innanzitutto la rappresentanza del committente in ambito tecnico,

funzione comune con l'appalto privato, per cui le relative dichiarazioni sono vincolanti per il committente, se contenute in tale ambito(9). Il direttore lavori esercita le sue funzioni di vigilanza e coordinamento con strumenti vari, che tuttavia sono in gran parte comuni a quelli del direttore lavori di un committente privato, e si sostanziano nel potere di impartire direttive, prescrizioni tecniche ed imporre rifacimenti, tramite ordini di servizio. Questi non possono ritenersi provvedimenti amministrativi, non sono impugnabili autonomamente, anche se in base all'art. 2 del decreto in commento l'esecutore è tenuto ad uniformarsi alle disposizioni in essi contenute fatta salva la facoltà di iscrivere le proprie riserve(10). L'art. 3 stabilisce che gli ordini di servizio, devono essere comunicati al RUP e annotati, con sintetiche motivazioni, che riportano le ragioni tecniche e le finalità perseguite alla base dell'ordine, nel giornale dei lavori. La comunicazione al RUP è in funzione dell'attività di controllo dello stesso sull'operato del direttore lavori, finalità cui è preordinato anche l'obbligo di motivazione, che assume anche rilevanza ai fini della sindacabilità dell'atto. Quanto alla forma, in base all'art. 3, comma 3, fino al completamento del processo di informatizzazione delle pubbliche amministrazioni, gli ordini di servizio devono comunque avere forma scritta e l'esecutore deve restituire gli ordini stessi firmati per avvenuta conoscenza. Le indicazioni che il RUP formula al direttore lavori occorrenti a garantire la regolarità dei lavori, e l'ordine da seguirsi nella loro esecuzione, che pertanto si collocano a monte degli ordini di servizio del direttore lavori all'esecutore, vengono definite dall'art. 2 disposizioni di servizio, quasi a sottolinearne una connotazione gerarchica. L'art. 2 disciplina in modo non dissimile dalla previgente normativa di cui agli artt. 10 del D.Lgs. n. 163 del 2006, 9 e 10 (sulle funzioni del RUP) ed in particolare 152 del d.P.R. n. 207 del 2010, il rapporto tra il RUP ed il direttore lavori. Il RUP sin dalla sua introduzione ad opera della L. n. 109 è "il centro unitario di imputazione delle funzioni di scelta, controllo e vigilanza sull'opera dal momento della sua ideazione a quello del suo compimento, venendo attribuiti al medesimo i compiti di un vero e proprio project manager, sull'esempio del modulo organizzativo più diffuso all'estero"(11). Viene mantenuta la gerarchia funzionale tra il direttore lavori e il responsabile unico del procedimento cui spettano compiti di direzione, vigilanza e coordinamento(12), per tutti gli aspetti che non hanno una specifica regolamentazione contrattuale ed ha il compito di fornire tramite disposizioni di servizio, le direttive e istruzioni per garantire la regolarità dei lavori, l'ordine da seguirsi nella loro esecuzione, quando non vi sia un cronoprogramma contrattuale, ipotesi difficilmente verificabile tenuto conto che l'art. 40 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 ancora in vigore(13) contempla il cronoprogramma lavori tra i contenuti obbligatori del progetto esecutivo. Nell'ambito delle modalità di esercizio della vigilanza, rientra la fissazione da parte del RUP della periodicità con la quale il direttore lavori è tenuto a relazionare sull'andamento delle lavorazioni.

Considerato che il direttore lavori potrebbe aver svolto funzioni di progettista e comunque costituisce l'organo al quale in concreto è attribuita la sorveglianza sui lavori, la responsabilità primaria in ordine al regolare adempimento delle obbligazioni in capo all'appaltatore, al RUP spetta un compito di vigilanza diretta sull'operato del direttore lavori e dunque indiretta sull'appaltatore. La previsione mantiene l'impianto organizzativo dell'art. 152 del d.P.R. n. 207 del 2010, in virtù del quale la ripartizione di compiti implica che il RUP interloquisce esclusivamente con il direttore lavori mediante disposizioni di servizio costituenti istruzioni e direttive, mentre il direttore lavori interloquisce esclusivamente con l'impresa per tutti gli aspetti tecnici ed esecutivi, mediante ordini di servizio. Nel sistema previgente l'autonomia della direzione lavori nella prassi non è risultata pienamente attuata, determinandosi, in situazioni patologiche, una sovrapposizione dell'intervento del RUP rispetto ai compiti del direttore lavori. Il nuovo codice conferma quale principio generale in materia di affidamento della progettazione, lo svolgimento di quella definitiva e di quella esecutiva, preferibilmente, da parte del medesimo soggetto, onde garantire omogeneità e coerenza al processo (art. 23, comma 12, codice).

Tenuto conto di tale principio di continuità e del divieto di cui all'art. 24, comma 7, del codice (in virtù del quale gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti o delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto attività di progettazione) è ammissibile la partecipazione alla gara per il servizio di progettazione definitiva ed esecutiva anche del progettista che ha redatto l'eventuale progetto di fattibilità tecnica e economica. Tale criterio di continuità nello svolgimento delle varie fasi della progettazione, risulta accentuato negli affidamenti "sotto soglia". In particolare gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di direzione dell'esecuzione, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo di importo pari o superiore a 40.000 e inferiore a 100.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti a cura del RUP, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura (negoziata senza bando) prevista dall'art. 36, comma 2, lett. b) del codice(14).

Gli incarichi di importo inferiore a 40.000 euro possono essere affidati in via diretta, secondo quanto previsto dall'art. 31, comma 8 del codice. In questo caso, il ribasso sull'importo della prestazione viene negoziato fra il RUP e l'operatore economico cui si intende affidare la commessa, sulla base della specificità del caso.

Pertanto, in particolare per gli affidamenti sottosoglia, il direttore lavori finisce per essere scelto fiduciariamente dal RUP, ciò incide su quella terzietà che dovrebbe caratterizzare la figura del RUP rispetto al soggetto controllato.

Sulla base della definizione dei compiti del RUP stabiliti dall'art. 31 del codice in termini generali ed in relazione agli obiettivi, e dettagliati dalle Linee guida ANAC(15), risultano innumerevoli le interferenze tra le funzioni del RUP, del progettista e del direttore lavori, che delineano gli ambiti di responsabilità comuni ai soggetti.

Nella fase di progettazione (art. 5.1 Linee guida) il RUP promuove, sovrintende e coordina le indagini e gli studi preliminari idonei a consentire la definizione degli aspetti progettuali di cui all'art. 23, comma 1, del Codice (lett. a), individua i lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomo e forestale, storico artistico, conservativo o tecnologico accertando e certificando, sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice, preposto alla struttura competente, l'eventuale presenza, negli interventi, di caratteristiche che incidono sulla regolare esecuzione dei lavori nei tempi programmati, quali l'esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistica o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali, la complessità di funzionamento d'uso o necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità (lett. d).

Ancora è il RUP che garantisce necessità di un progetto elaborato in forma completa e dettagliata in tutte le sue parti, architettonica, strutturale e impiantistica (lett. d, n. 8, Linee guida). Sempre con riguardo alla progettazione il RUP oltre a svolgere l'attività di verifica dei progetti per lavori di importo inferiore a un milione di euro, sottoscrive la validazione, facendo preciso riferimento al rapporto conclusivo, redatto dal soggetto preposto alla verifica, e alle eventuali controdeduzioni del progettista (lett. l).

Pertanto la corretta esecuzione dei compiti della direzione lavori presuppone una corretta esecuzione, a monte, dei compiti del RUP.

La norma in commento salvaguarda espressamente l'autonomia del direttore lavori (art. 2 comma 2) in ordine al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento, che si esprime attraverso gli ordini di servizio nei

confronti dell'esecutore. L'autonomia appare corollario imprescindibile della responsabilità, risultando demandata al RUP la garanzia dell'unitarietà degli atti e dei comportamenti dell'amministrazione e del direttore dei lavori nei confronti dell'esecutore. Pertanto la previsione sembra ispirata ad una più accentuata, opportuna, configurazione del RUP quale un organo terzo, chiamato a dirimere l'inevitabile e potenziale conflitto tra il direttore lavori e l'esecutore, avendo di mira unicamente l'interesse alla regolare esecuzione dell'opera.

L'autonomia viene rimarcata anche al comma 3 per gli aspetti relativi la sicurezza, risultando salvaguardata sia nei confronti del RUP sia nei confronti del direttore lavori, nell'ipotesi in cui l'incarico di coordinatore per l'esecuzione dei lavori e quello di direttore dei lavori non confluiscano nello stesso soggetto. Anche in questo caso, ferma la piena autonomia del coordinatore per l'esecuzione, viene affidata al responsabile del coordinamento tra direttore lavori coordinatore per l'esecuzione dei lavori, in coerenza con quanto stabilito dal D.Lgs. n. 81 del 2008.

A completamento della disamina delle varie figure soggettive, si deve solo rilevare che il regolamento non dedica una specifica previsione al ruolo di direttori operativi e ispettori di cantiere, figure che non sono definite neppure all'art. 1. Le previsioni sulla contabilità confermano la configurazione degli stessi quali ausiliari del direttore lavori nell'attività di vigilanza sulla corretta esecuzione dei lavori e di tenuta della contabilità(16), fermo restando che la responsabilità resta in carico al direttore lavori che può delegare a direttori operativi e ispettori di cantiere singole attività.

Artt. 4-5 - Attestazione dello stato dei luoghi e consegna dei lavori

Il capo II del decreto disciplina le delicate funzioni del direttore lavori nella fase preliminare all'avvio delle procedure di gara ed alla consegna lavori.

Si tratta di aspetti che hanno una notevole incidenza sul contenzioso con le imprese appaltatrici, involgendo il nucleo centrale del dovere di cooperazione della stazione appaltante, che in primo luogo si incentra nella necessità di consentire la regolare esecuzione dei lavori, ponendo a base di gara un progetto eseguibile anche in relazione al concreto stato delle aree e degli immobili sui quali devono eseguirsi lavori.

Anche per la consegna, in base alle richiamate Linee guida (punto 6, lett. a) è il RUP che autorizza il direttore dei lavori alla consegna dei lavori, dopo che il contratto è

divenuto efficace e svolge le attività di accertamento della data di effettivo inizio (nonché di ogni altro termine di realizzazione degli stessi).

In continuità con il regime previgente di cui all'art. 106 del d.P.R. n. 207 del 2010 (e prima ancora dell'art. 71 del d.P.R. n. 554 del 1999), l'art. 6 del decreto stabilisce che il direttore lavori deve attestare l'accessibilità delle aree e degli immobili interessati dai lavori secondo le indicazioni risultanti dagli elaborati progettuali, e l'assenza di impedimenti la realizzabilità del progetto, ovviamente sopravvenuti rispetto agli accertamenti già effettuati prima dell'approvazione del progetto. In sostanza vi è un primo filtro antecedente all'avvio stesso delle procedure di gara e, comunque, come specificato dal comma 1 della norma in commento, anche su richiesta del RUP, prima della sottoscrizione del contratto, a rimarcare il collegamento di tale attestazione con l'adempimento del dovere di cooperazione della stazione appaltante. La funzione dell'attestazione è, infatti, quella di assicurare la piena e concreta eseguibilità del progetto esecutivo, sotto il profilo della perfetta coerenza con lo stato di fatto.

Nel previgente regime la disposizione era collegata ad altra previsione inserita nella stessa norma(17), la dichiarazione di c.d. "presa visione del progetto", formulata dall'Impresa ai fini della partecipazione alla gara, in ordine alla cui efficacia, quanto all'ammissibilità dell'offerta e vincolatività circa la possibilità di successive contestazioni relative agli elementi oggetto della dichiarazione si sono registrati orientamenti contrapposti(18).

Tale disposizione non è stata riprodotta dal regolamento in commento tuttavia potrebbe essere inserita nella disciplina di gara.

Una previsione di tale tenore va interpretata in combinato disposto con le norme sulla progettazione, in base alle quali, salvo le ipotesi di appalto avente ad oggetto anche la progettazione, incombe sulla stazione appaltante la responsabilità della piena eseguibilità del progetto, in tutti i suoi aspetti anche di dettaglio e relativi allo stato(19).

L'art. 4 comma 3 del decreto peraltro impone al RUP di procedere ad una verifica del permanere delle condizioni che consentono l'immediata esecuzione dei lavori, chiedendo al direttore lavori un aggiornamento, prima di procedere alla stipulazione del contratto.

La previsione regolamentare conferma la dialettica dei rapporti tra RUP e direttore lavori, attribuendo al primo il controllo dell'operato del secondo, finalizzata ad accertare non soltanto la piena disponibilità delle aree ma anche la fattibilità del progetto, e ciò a maggior ragione quando il direttore lavori è anche progettista.

Ai sensi del successivo art. 5, comma 8, il direttore dei lavori è responsabile della corrispondenza del verbale di consegna dei lavori all'effettivo stato dei luoghi, per cui, se riscontra differenze fra le condizioni locali ed il progetto esecutivo, deve dichiararlo nel verbale, ed eventualmente sospendere o non procedere alla consegna (art. 5, comma 6).

Il successivo passo, una volta verificata la sussistenza dell'eseguibilità, è la consegna lavori, disciplinata all'art. 5, che deve essere effettuata per le opere di competenza delle amministrazioni statali non oltre 45 giorni dalla data di registrazione alla Corte dei conti del decreto di approvazione del contratto, per le altre stazioni appaltanti dalla data di stipula del contratto.

La norma senza sostanziali novità rispetto al previgente regime di cui agli artt. 153 - 155 del d.P.R. n. 207 del 2010 (che riproducevano gli artt. 129 - 131 del d.P.R. n. 554 del 1999) disciplina il procedimento di consegna che presuppone l'attestazione di cui alla precedente disposizione ed in funzione anche della correttezza di questa è articolata in contraddittorio tra direttore lavori ed esecutore, segnando il momento di decorrenza del termine di esecuzione lavori.

La consegna costituisce infatti il primo obbligo a carico dell'appaltatore, strumentale alla corretta esecuzione dei lavori nei termini prefissati, per cui il comma 3, considera la mancata presentazione dell'esecutore senza giustificato motivo nel giorno fissato dal direttore lavori per la consegna quale ipotesi di inadempimento, rimettendo eventualmente, sulla base di una valutazione prudente che tiene conto della durata e dell'importanza dei lavori, alla discrezionalità della stazione appaltante, quindi né del responsabile né del direttore lavori, ma dell'organo deputato a rappresentare ed esprimere la volontà dell'ente, la facoltà di risolvere il contratto e incamerare la cauzione ovvero fissare una nuova data per la consegna. La eventuale nuova data tuttavia non determina lo spostamento del termine contrattuale rispetto alla data della prima convocazione, ma si limita ad escludere la considerazione in termini di inadempimento della condotta dell'appaltatore.

La consegna lavori costituisce altresì il primo e fondamentale atto di cooperazione a carico della stazione appaltante in qualità di creditore, necessario perché il debitore appaltatore possa adempiere le sue obbligazioni. La dottrina considera la consegna non quale obbligo giuridico, cui corrisponde un diritto dell'appaltatore, ma quale dovere di cooperazione la cui violazione determina l'esonero del debitore da responsabilità per inadempimento o ritardo nell'adempimento, il diritto di procedere alla propria liberazione coattiva ovvero a ottenere la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni conseguenti alla cooperazione non data o ritardata, ma non un'azione giudiziaria per conseguire la consegna delle aree(20).

Il comma 10, riproponendo in parte la previsione dell'art. 155 del d.P.R. n. 207 del 2010, stabilisce che nel caso in cui siano riscontrate differenze fra le condizioni locali e il progetto esecutivo, non si procede alla consegna e il direttore dei lavori ne riferisce immediatamente al RUP, indicando le cause e l'importanza delle differenze riscontrate rispetto agli accertamenti effettuati in sede di redazione del progetto esecutivo e delle successive verifiche, proponendo i provvedimenti da adottare. Quindi la decisione se procedere comunque alla consegna ovvero ritardarla o sospenderla, in applicazione della facoltà stabilita dal comma 6, che si riferisce alla consegna già iniziata, per un periodo massimo di 60, giorni è rimessa al RUP(21).

Il direttore lavori, come è responsabile della corrispondenza del progetto allo stato dei luoghi così, coerentemente in base al successivo comma 8 è responsabile della corrispondenza del verbale di consegna all'effettivo stato dei luoghi. A tal fine nel verbale stesso, oltre alle indicazioni generali sulle condizioni e sulle circostanze speciali e locali, sulle operazioni eseguite, sull'indicazione delle aree e sulle condizioni di disponibilità dei mezzi d'opera, appare centrale la dichiarazione, cui consegue la piena relativa assunzione di responsabilità, da parte del direttore lavori che l'area su cui devono eseguirsi lavori è libera da persone e cose, che lo stato attuale è tale da non impedire l'avvio la prosecuzione dei lavori.

La differenza tra le condizioni locali e il progetto esecutivo riscontrate in sede di consegna costituisce ipotesi patologica, in quanto smentisce l'attestazione di cui al precedente art. 6, tant'è che il comma 10 stabilisce che in tal caso non si procede alla consegna, il direttore lavori riferisce immediatamente al RUP "indicando le cause e l'importanza delle differenze riscontrate rispetto gli accertamenti effettuati in sede di redazione del progetto esecutivo e delle successive verifiche" proponendo i provvedimenti da adottare. I provvedimenti non sono indicati in quanto possono essere di natura diversa a seconda della rilevanza della difformità, che può determinare

un impedimento assoluto o parziale, temporaneo di durata varia, rimettendo al responsabile la scelta dei rimedi.

Qualora l'appaltatore contesti le difformità dello stato dei luoghi rispetto a quanto previsto in progetto, deve formulare apposita riserva sul verbale di consegna dei lavori.

A seconda delle concrete circostanze la situazione di mancata consegna può sfociare anche nella sospensione della consegna, disciplinata al precedente comma 6 che poi riconduce, ad evidente tutela della stazione appaltante, alle fattispecie di ritardata consegna con le limitazioni ed opzioni esaminate.

Nell'ipotesi in cui l'impedimento alla consegna per fatto o colpa della stazione appaltante, perduri, al successivo comma 4 viene ribadita la previgente involuta disciplina, secondo cui in caso di ritardo nella consegna per cause imputabili la stazione appaltante, l'esecutore dei lavori può chiedere il recesso dal contratto al quale consegue, in caso di accoglimento da parte dell'amministrazione, unicamente il diritto al rimborso di tutte le spese contrattuali, nonché di quelle effettivamente sostenute e documentate ma in misura non superiore ai limiti indicati al comma 12. Soltanto nel caso in cui l'istanza dell'esecutore non sia accolta e si proceda in ritardo alla consegna dei lavori, lo stesso ha diritto ad un compenso per i maggiori oneri dipendenti dal ritardo.

Nel primo caso di accoglimento dell'istanza di recesso dell'esecutore, il rimborso delle spese contrattuali e delle altre spese effettivamente sostenute e documentate, viene limitato in proporzione all'importo netto dell'appalto, con il limite, che deve ritenersi operante per l'insieme delle spese, dell'1,00 per cento per la parte dell'importo fino a euro 258.000, dello 0,50 per cento per l'eccedenza fino a euro 1.549.000 e dello 0,20 per cento per la parte eccedente la predetta somma. La norma conferma la previgente impostazione procedurale specificando che in caso di recesso accettato la richiesta, con la quantificazione della pretesa, deve essere formulata entro il termine di 60 giorni dalla data di ricevimento della comunicazione dall'accoglimento dell'istanza a pena di decadenza; invece nell'ipotesi di consegna tardiva, in ragione evidentemente della natura risarcitoria della pretesa, si applica il generale onere di riserva che deve essere iscritta nel verbale di consegna e confermata e quantificata nel registro di contabilità immediatamente successivo.

La limitazione quantitativa che trova quale unica giustificazione la salvaguardia delle finanze pubbliche, non appare coerente con il principio della responsabilità per mancata cooperazione, né appare giustificabile con il mancato allestimento del cantiere, circostanza idonea certamente a limitare il risarcimento del danno ma non ad un totale esonero, soprattutto per ciò che concerne il danno da mancato utile per la perdita di chances.

Peraltro l'ipotesi in cui (comma 14) la stazione appaltante non accolga l'istanza e proceda tardivamente alla consegna non presenta alcuna differenza strutturale con la prima in cui è stabilita la limitazione. In tale ultimo caso è riconosciuto in capo all'appaltatore il diritto al risarcimento dei danni dipendenti dal ritardo, quantificati nell'interesse legale calcolato sull'importo corrispondente alla produzione media giornaliera prevista dal cronoprogramma nel periodo di ritardo, calcolato dal giorno di notifica dell'istanza di recesso fino alla data di effettiva consegna dei lavori. Anche tale richiesta soggiace, come espressamente sancito al comma 12 ultima parte, all'onere generale della riserva che va iscritta nel verbale di consegna lavori, anche senza specifica quantificazione che viene rimandata al momento della necessaria conferma nel registro di contabilità.

Il comma 5 della norma in commento non riproduce la previsione dell'art. 153, comma 9, d.P.R. n. 207 del 2010 che limitava la facoltà della stazione appaltante di non accogliere l'istanza di recesso, qualora il ritardo nella consegna superasse la metà del termine utile contrattuale o comunque sei mesi complessivi, rimettendo al capitolato di appalto la disciplina degli eventuali casi in cui è facoltà della stessa non accogliere l'istanza di recesso dell'esecutore.

Sia la limitazione dell'ammontare del risarcimento sia il potere di protrazione del vincolo non appaiono compatibili con i principi generali della responsabilità contrattuale, che non possono essere incisi da una norma regolamentare(22). Pertanto pur non essendo espressamente prevista la piena responsabilità della stazione appaltante, deve ritenersi operante in questo caso l'applicazione delle ordinarie conseguenze dell'inadempimento al dovere di cooperazione, con il conseguente venir meno delle limitazioni quantitative stabilite dal comma 14, soluzione questa coerente con i principi generali.

È stato infatti autorevolmente osservato(23) che se respinta l'istanza l'amministrazione ritardi ancora la consegna, l'appaltatore potrà richiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, previa notifica di atto di messa

in mora all'amministrazione ai sensi dell'art. 1217 c.c., per la mancata esecuzione di un atto di cooperazione quale la consegna lavori.

In giurisprudenza è diffusa la tesi che alla luce della norma speciale, rimangono preclusi sia il diritto di risolvere il rapporto ai sensi degli artt. 1453 e 1454 cc., sia quello di avanzare pretese risarcitorie, senza che possa rilevare neppure la tempestiva costituzione in mora del committente l'iscrizione di riserva a verbale(24).

Tuttavia è stato ammesso il diritto dell'appaltatore ad esperire l'azione di risoluzione ex art. 1453 c.c., in ipotesi in cui la concreta condotta tenuta dalla stazione appaltante si risolve in una violazione del generale obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 c.c., ciò che esclude l'applicazione della normativa speciale(25).

Le limitazioni poste all'ammontare del risarcimento, non possono giustificarsi con la qualificazione della consegna non come una vera e propria obbligazione a carico dell'amministrazione ma un mero dovere di cooperazione, in quanto anche la violazione di tale dovere implica le ordinarie conseguenze risarcitorie, senza limitazioni quanto all'ammontare(26).

Le predette limitazioni tuttavia non implicano l'impossibilità a carico dell'appaltatore, nell'ipotesi in cui in ragione delle particolari circostanze, la mancata consegna possa configurarsi quale grave inadempimento la possibilità di agire per la risoluzione del contratto e dunque chiedere il risarcimento per danno emergente e lucro cessante(27).

Nell'ambito della mancata o ritardata consegna viene inquadrata al comma 6 della norma in commento l'ipotesi in cui, iniziata la consegna questa sia sospesa dalla stazione appaltante per ragioni ad essa imputabili in quanto non di forza maggiore, purché la consegna non abbia durata superiore a 60 giorni. In sostanza si introduce una franchigia piena per questo periodo di sospensione, trascorso il quale potranno applicarsi le previsioni sulle conseguenze della ritardata consegna stabilite dai commi 4, 5 e 12.

La norma in commento opportunamente prevede, in coerenza con il previgente art. 157, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010 che nell'ipotesi di appalto di progettazione ed esecuzione in cui il concorrente si è sobbarcato anche il costo di progettazione, è

riconosciuto il diritto al rimborso al netto del ribasso delle prestazioni di progettazione, sulla base del livello delle stesse, con l'ulteriore conseguenza che con il pagamento la proprietà del progetto resta acquisita in capo alla stazione appaltante.

Uno degli esiti delle differenze tra condizioni locali progetto esecutivo può essere la consegna parziale, intesa quale condizione patologica, a differenza dalle consegne parziali programmate in quanto previste nel capitolato.

L'art. 5, comma 9, richiama la seconda ipotesi e disciplina la prima, riproponendo le previsioni dell'art. 154, comma 7, d.P.R. n. 207 del 2010.

In caso di consegna parziale per temporanea indisponibilità delle aree e degli immobili, quindi per fatto imputabile alla stazione appaltante, viene imposta all'esecutore, configurandola quale condizione di ammissibilità per l'iscrizione delle riserve per il riconoscimento dei maggiori oneri dovuti alla frammentazione nell'esecuzione, la presentazione di un programma per l'esecuzione dei lavori sulle aree disponibili.

La previsione non ripete la formulazione derivante dal combinato disposto degli artt. 155 e 190 del d.P.R. 207 del 2010 (e prima artt. 131 e 165 del d.P.R. n. 554 del 1999), in virtù dei quali nell'ipotesi in cui già dalla consegna si renda evidente che non è possibile rispettare il tempo di ultimazione e quindi la produzione contrattuale programmata, perché vi è stata una consegna parziale ovvero per altri impedimenti risultanti all'atto della consegna, l'appaltatore ha l'onere di apporre riserva sul verbale di consegna, in virtù del richiamo operato dall'art. 155 all'art. 190 del d.P.R. n. 207 del 2010.

Tuttavia il richiamo alle riserve contenuto nel comma 9 deve intendersi nel senso di imporre l'onere della riserva tutte le volte in cui la rilevanza causale delle conseguenze dalla consegna parziale, emerga già al momento della consegna.

La necessità di apposizione della riserva è stata sempre affermata nel regime previgente nelle ipotesi in cui la consegna frazionata (non consentita perché non prevista dal C.S.A.) del cantiere non avesse costituito grave alterazione del sinallagma contrattuale, per cui l'appaltatore poteva richiedere unicamente il prolungamento del termine finale di esecuzione e, contestualmente, previa iscrizione delle apposite

riserve, pretendere il risarcimento dei maggiori oneri sostenuti a causa dell'illecito comportamento imputabile all'Amministrazione(28).

In relazione alle ipotesi di parziale o ritardata consegna, il comma 11 sancisce la responsabilità del direttore lavori per violazione dei propri doveri di diligenza professionale nell'ipotesi in cui, nonostante l'attestazione di cui all'art. 4 non si riscontrano le necessarie condizioni di eseguibilità dei lavori, sotto il profilo della corrispondenza del progetto allo stato di fatto ovvero per altre cause comunque riconducibili alla progettazione, che determinano ritardi nelle consegne e/o consegne parziali. Inoltre le conseguenze immediate sono differenti a seconda delle ipotesi in cui il direttore lavori sia organo interno all'amministrazione, per cui la condotta dello stesso è valutabile ai fini della performance ovvero in caso di affidamento esterno, in cui la norma rimette al contratto la disciplina della fattispecie.

Artt. 6 e 7 - Funzioni e compiti in fase di esecuzione e connesse responsabilità

a) Responsabilità

Fin dal regolamento R.D. n. 350 del 1895 (artt. 3 e 13) era stabilita a carico del direttore dei lavori la responsabilità dell'accettazione dei materiali ed in genere della esatta e puntuale esecuzione dei lavori in base a quanto stabilito nel contratto e nel progetto, nonché l'obbligo generale di ogni iniziativa necessaria affinché i lavori fossero eseguiti a perfetta regola d'arte.

La responsabilità del direttore lavori, come di fatto rileva nella maggior parte dei casi, può essere anche di tipo omissivo, sostanziandosi nella carenza dell'attività di verifica e di controllo o comunque dell'apporto del proprio contributo di professionalità, in conseguenza delle varie circostanze legate allo sviluppo dei lavori.

L'obbligazione del direttore lavori comprende, quindi, sia l'accertamento della conformità al progetto, al capitolato ed alle regole dell'arte della realizzazione progressiva dell'opera, sia il controllo delle modalità di esecuzione della stessa, con l'adozione di tutti gli accorgimenti tecnici necessari per garantire la realizzazione dell'opera senza difetti costruttivi(29).

L'esercizio delle funzioni autoritative da parte del direttore lavori implica in capo allo stesso il dovere di assumere ogni iniziativa affinché i lavori siano eseguiti a perfetta regola d'arte. In ciò si sostanzia la responsabilità della buona e puntuale esecuzione

dei lavori, concretizzando la diligenza richiesta nel dare le debite istruzioni e gli ordini necessari affinché tali obiettivi, e quindi l'interesse pubblico sottostante la funzione, vengono conseguiti e vengono rispettate le previsioni progettuali, di contratto e della legge.

In particolare, in giurisprudenza si è ritenuto che sulla base della disciplina sui lavori pubblici soprattutto regolamentare, che si è via via succeduta nel tempo dal R.D. n. 350 del 1895, sino al d.P.R. 207 del 2010, passando per il d.P.R. 554 del 1999, in termini non dissimili dal decreto in commento, il controllo al quale è tenuto il direttore lavori investe tutti gli aspetti realizzativi dell'opera, anche la salvaguardia dei materiali e dei beni da utilizzare, ed è particolare e penetrante, per cui può ritenersi che il direttore lavori assume il ruolo di garante in merito all'esecuzione regolare dei lavori(30).

L'obbligazione del direttore lavori, così come nell'ambito dell'appalto privato, è stata tradizionalmente considerata quale obbligazione di mezzi(31) seppur in giurisprudenza sia stato anche ritenuto che il potere-dovere professionale di sorveglianza del direttore lavori - in quanto strumentale alla corretta esecuzione dell'opera - implichi la configurazione dell'obbligazione del direttore lavori come una vera e propria obbligazione di risultato(32).

È stata considerata obbligazione di risultato la direzione lavori affidata al progettista valorizzando l'intento della complessiva operazione che, nel porre l'esecuzione dell'opera sotto lo stretto e diretto controllo del progettista, affiancando la responsabilità della progettazione a quella dell'impostazione del cantiere, rivela una volontà delle parti di assicurare la corretta realizzazione dell'opera, configurando quindi le relative obbligazioni come di risultato.

Se l'obbligazione dell'appaltatore è pacificamente considerata obbligazione di risultato e l'attività del direttore lavori, il complesso dei poteri allo stesso conferiti, è strumentale rispetto al conseguimento dell'obiettivo della realizzazione dell'opera secondo progetto e le regole dell'arte, ciò che coincide con il risultato dell'obbligazione dell'appaltatore, sarebbe consequenziale, la configurazione negli stessi termini dell'obbligazione del direttore lavori.

Tuttavia con l'evoluzione giurisprudenziale la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, è stata sottoposta a revisione critica, sul presupposto secondo cui in ogni

obbligazione assumono sempre rilievo, benché in proporzione variabile, sia il risultato pratico da raggiungere, sia l'impegno che il debitore deve riporvi per ottenerlo, e atteso che unico è il regime di responsabilità per entrambe le tipologie, per cui la distinzione perde rilievo(33).

In questa prospettiva i poteri attribuiti al direttore lavori, in particolare derivanti dall'evoluzione della compiuta disciplina di attuazione della legislazione sui lavori pubblici di cui è espressione il decreto in commento, sono funzionali nel senso che individuano un comportamento dovuto in funzione di un risultato.

Il risultato dovuto costituisce allora il parametro di valutazione dell'osservanza della diligenza qualificata in ragione della particolarità del compito e delle regole tecniche proprie della professione(34).

La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non ha pertanto alcuna incidenza sul regime di responsabilità, ove è richiesto al professionista di attenersi a parametri molto rigidi di professionalità(35).

Pertanto il mancato conseguimento del risultato appare prova dell'inadempimento con applicazione dell'art. 1218 c.c., che sposta sul debitore l'onere di provare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile.

Pertanto la valutazione dell'adempimento delle obbligazioni del direttore lavori va operata sulla base della qualificazione richiesta e non del normale concetto di diligenza(36).

Nella disciplina dell'appalto pubblico, l'alta sorveglianza cui è tenuto il direttore lavori, seppure non richiede una presenza continua e giornaliera sul cantiere, si sostanzia in una vigilanza, da espletarsi con diligenza qualificata, con gli strumenti disponibili secondo la tecnologia del momento, e con il conseguente dovere di impartire all'appaltatore le disposizioni e le istruzioni necessarie e di controllarne l'esecuzione, in vista appunto della realizzazione del risultato della corretta esecuzione dell'opera(37).

I doveri e i compiti del direttore lavori, enucleati negli artt. 6 e 7 del decreto in commento, ma anche quelli di cui al precedente art. 5 ed al successivo art. 7, in attuazione delle previsioni di cui all'art. 101, comma 3 del codice, costituiscono la declinazione della fondamentale funzione del direttore lavori, sancita dalla stessa norma.

Pertanto le relative responsabilità non vanno considerate in maniera atomistica, conferendo rilevanza alla singola e specifica violazione di una previsione attributiva di un compito, ma sempre in funzione della corretta esecuzione dell'opera, che rileva quale parametro di valutazione della diligenza anche presenza di una condotta formalmente rispettosa dei compiti attribuiti.

b) Accettazione dei materiali - Verifica del rispetto degli obblighi dell'esecutore e del subappaltatore

In questa prospettiva, in relazione al fondamentale ruolo di garante della corretta esecuzione dei lavori, il primo e fondamentale controllo in fase esecutiva riguarda i materiali(38).

L'art. 6 ripropone in larga parte le previsioni dell'art. 167 del d.P.R. n. 207 del 2010 e del previgente art. 15 del capitolato generale D.M. n. 145 del 2000.

L'introduzione in cantiere dei materiali determina una serie di conseguenze, quali nell'ipotesi di risoluzione, l'inserimento nello stato di consistenza ai fini della liquidazione del credito dell'appaltatore, in base al successivo art. 7 comma 3, lett. a), nell'ipotesi di sospensione secondo quanto già previsto dal previgente art. 158, comma 3, d.P.R. 207 del 2010 (e prima ancora dall'art. 133 del d.P.R. n. 554 del 1999) l'individuazione da parte delle direttore lavori dei macchinari (assimilabili ai materiali) presenti in cantiere al momento della sospensione, che hanno rilevanza ai fini della determinazione del danno risarcibile(39).

Nel previgente sistema di contabilità(40) era previsto inoltre che in sede di contabilizzazione all'importo dei lavori eseguiti poteva essere aggiunta la metà di quello dei materiali provvisti atti d'opera destinati ad essere impiegati in opere definitive, previa accettazione del direttore dei lavori, con l'evidente intento di non gravare l'appaltatore dell'onere economico di anticipazioni protratte nel tempo.

La previsione non è stata riprodotta nel sistema di contabilità risultante dal regolamento in esame, tuttavia può essere oggetto di specifiche pattuizioni contrattuali.

L'introduzione dei materiali in cantiere non determina alcuna accettazione, ma è lo strumento affinché il direttore lavori possa verificare la corrispondenza dei materiali a quanto stabilito nelle prescrizioni tecniche del capitolato, e comunque la conformità alla normativa tecnica, nazionale o dell'Unione Europea.

In base al comma 5 dell'art. 6 in commento, la campionatura dei materiali sulla base delle schede tecniche e di tutte le certificazioni in grado di giustificare le prestazioni, è successiva all'introduzione in cantiere, ma deve ritenersi possibile anche negli stabilimenti di produzione e deve essere effettuata con congruo anticipo rispetto alla messa in opera.

La non conformità alle caratteristiche capitolari, in applicazione del principio in virtù del quale non è consentito all'appaltatore modificare le prestazioni, anche se determina miglioramenti dell'opera, in base al l'ultima parte della previsione del comma 2, sostanzialmente esclude che l'esecutore possa pretendere maggiori compensi nell'ipotesi in cui impieghi materiali o componenti di caratteristiche superiori a quelle prescritte.

Il controllo sui materiali è un controllo preventivo rispetto all'esecuzione che ha come conseguenza, nell'ipotesi in cui i materiali non vengano riscontrati conformi a quanto pattuito o prescritto per legge o per normativa tecnica, l'obbligo di rimuoverli dal cantiere e sostituirli con altri a spese dell'appaltatore.

Infatti la norma prescrive che i materiali possono essere messi in opera solo dopo l'accettazione del direttore dei lavori, precisando che l'accettazione definitiva si ha solo dopo la loro posa in opera.

In realtà non si tratta di un'accettazione definitiva nel senso di precludere ogni contestazione ed obbligo di rifacimento in quanto, in coerenza con il principio che la contabilità in corso d'opera ha sempre carattere provvisorio sino al collaudo, il comma 2 dell'art. 6, chiarisce che anche dopo l'accettazione la posa in opera restano fermi i diritti e poteri della stazione appaltante in sede di collaudo.

Infatti il successivo comma 3 stabilisce che anche dopo la contabilizzazione non viene meno il controllo del direttore lavori sui materiali, restando sempre possibile imporre la sostituzione e il rifacimento nell'ipotesi in cui si è riscontrato un non corretto adempimento in quanto i materiali risultano posati in opera senza la necessaria diligenza ovvero diversi da quelli prescritti contrattualmente o ancora che dopo la loro accettazione e messa in opera abbiano manifestato difetti o inadeguatezze.

L'ipotesi in cui l'esecutore non ottemperi l'ordine di rimozione e sostituzione, determina l'applicazione di uno di quei poteri autoritativi extra ordinem, riservati all'amministrazione anche in un rapporto contrattuale caratterizzato dalla pariteticità delle posizioni. Infatti l'amministrazione può provvedere in danno, in sostanza regime di autotutela, con l'esecuzione in forma specifica, con addebito di spese, mentre resta a suo carico ogni onere o danno che possa derivargli per effetto della rimozione d'ufficio.

La norma stabilisce che i materiali e manufatti portati in contabilità rimangono a rischio e pericolo dell'esecutore, rischio che comprende oltre che ovviamente la non corrispondenza dei materiali alle prescrizioni di capitolato di legge anche il reperimento e il deterioramento.

Per i danni da forza maggiore, come già in base all'art. 166 del d.P.R. n. 207 del 2010 è prevista la possibilità di attribuzione di compensi, dovendo i materiali approvvigionati in cantiere considerarsi delle "provviste"(41) (art. 11, comma 2), ma con rinvio alle prescrizioni contenute nel contratto.

L'impiego a rischio e pericolo dell'appaltatore era previsto oltre che dall'art. 28, comma 3, D.M. n. 145 del 2000 anche dall'art. 34, ultimo comma, d.P.R. n. 1063 del 1962 e dall'art. 11, ultimo comma, R.D. 8 febbraio 1923, n. 422.

Dal punto di vista procedurale la norma stabilisce che il rifiuto dei materiali viene trascritto sul giornale dei lavori o comunque nel primo atto contabile utile ed in tal caso deve ritenersi che, in conformità con l'onere generale della riserva, l'appaltatore, nell'ipotesi in cui voglia contestare la non accettazione dei materiali o comunque la contestazione, è tenuto a sottoscrivere immediatamente con riserva il giornale lavori o l'atto contabile in cui è annotato il rifiuto, con le consuete conseguenze di decadenza.

Rientrano nella discrezionalità del direttore lavori ulteriori controlli rispetto a quelli previsti dalla legge o dal capitolato speciale d'appalto, quali prove o analisi con particolari tecnologie finalizzate a stabilire la idoneità dei materiali o dei componenti (comma 4).

L'ultimo comma dell'art. 6, in applicazione dell'apertura ai profili di sostenibilità ambientale sia per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione che ai fini dell'esecuzione prevista dal codice(42) rimette al controllo del direttore lavori anche quello del rispetto delle norme in tema di sostenibilità ambientale ed in particolare quelle in merito al rifiuto dei materiali di scavo e al riciclo entro lo stesso ambito di cantiere.

L'art. 7 costituisce un sunto dei vari obblighi relativi sostanzialmente alle posizioni del subappaltatore dell'impresa ausiliaria in caso di avvalimento.

Il direttore lavori è tenuto ad un controllo di tipo prevalentemente amministrativo, ma anche con aspetti tecnici in ordine al regolare svolgimento del rapporto, con il subappaltatore dovendo verificare: la presenza in cantiere delle imprese subappaltatrici autorizzate, nonché dei subcontraenti, che non sono subappaltatori(43), i cui nominativi sono stati comunicati alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 105, comma 2, del codice; l'esecuzione da parte di subappaltatori e subcontraenti delle sole prestazioni agli stessi affidate svolgano effettivamente la parte di prestazioni ad essi affidata nel rispetto della normativa vigente e del contratto stipulato. Il controllo si estende ai titolari di contratti similari ai sensi dell'art. 105 comma 2, affidatari di contratti di forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50% dell'importo del contratto, nonché lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante.

Il controllo sulle presenze in cantiere costituisce un'attività che si inserisce nell'ambito della normativa volta a tutelare l'ordine pubblico, che permea la disciplina dei subaffidamenti(44).

L'art. 7, comma 1, lett. c) chiarisce alcuni aspetti rimasti oscuri nella disciplina dell'art. 105 del codice.

La legge delega n. 11 del 2016 ha demandato al Legislatore di stabilire che il pagamento diretto ai subappaltatori possa avvenire soltanto in ipotesi specifiche (art. 1, comma 1, lett. r), e sulla base di ciò, l'art. 105, comma 13, del nuovo codice appalti, ha previsto una serie di situazioni in cui la stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni eseguite, in questi casi:

1) quando il subappaltatore o il cottimista è una micro impresa o piccola impresa(45);

2) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;

3) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

La terza ipotesi di pagamento diretto è di difficile interpretazione perché non chiarisce quale debba essere la natura contrattuale che consentirebbe il pagamento diretto su richiesta del subappaltatore. Quindi, la sua generica formulazione determina una difficile se non impossibile applicazione ai casi concreti.

Ove il subappaltatore rientri nella categoria di micro o piccola impresa, la stazione appaltante gli deve corrispondere direttamente il corrispettivo pattuito con l'appaltatore (regola generale).

Tuttavia, il contratto di subappalto potrebbe contenere alcune clausole particolari, oggetto di accordo tra appaltatore e subappaltatore, che la stazione appaltante (il direttore dei lavori che valuta qual è il corrispettivo maturato in base ai S.A.L.) non è tenuta a conoscere. La seconda ipotesi di pagamento diretto ricorre nel caso di inadempimento dell'appaltatore, ma la norma non chiarisce di quale inadempimento debba trattarsi. Infatti, potrebbe accadere che l'appaltatore non paghi il corrispettivo al subappaltatore per effetto di un'inesatta esecuzione della prestazione da parte del subappaltatore (c.d. eccezione di inadempimento) ex art. 1460 c.c.

Il codice previgente prevedeva che in caso di mancata trasmissione delle fatture quietanzate del subappaltatore, la stazione appaltante doveva sospendere il pagamento all'appaltatore. Obbligo che il nuovo codice non contempla più (l'art. 170

del d.P.R. n. 207/2010 è stato abrogato e non si applica in via transitoria), per cui la previsione dell'art. 7, comma 2, lett. c), è chiara nella premessa laddove impone al direttore lavori, di registrare le contestazioni dell'esecutore sulla regolarità dei lavori eseguiti dal subappaltatore, ma non nella conseguenza della sospensione dei pagamenti all'esecutore, che presuppone la perdurante vigenza dell'obbligo a carico dell'affidatario di trasmettere all'amministrazione le fatture quietanzate.

Nella previgente disciplina se il mancato pagamento era conseguente a contestazioni sorte fra le parti e riguardava la corretta esecuzione dei lavori, il direttore dei lavori aveva il compito di verificare e riferire alla stazione appaltante se le contestazioni dell'appaltatore erano o meno fondate.

La norma in commento ripropone tale verifica e dovrebbe interpretarsi nel senso di quantificare l'ammontare della somma che non deve essere pagata direttamente al subappaltatore, in relazione alla prestazione oggetto di contestazione.

In dottrina è stato correttamente osservato a proposito della verifica demandata al direttore lavori, che lo stesso direttore lavori aveva in precedenza contabilizzato i lavori, ritenendoli, evidentemente, correttamente eseguiti seguiti dal subappaltatore, per cui l'unica eccezione, forse, era costituita dall'ipotesi di vizi occulti, non rilevati dal direttore dei lavori al momento della contabilizzazione(46).

In base alla lettera d) dell'art. 7 comma 2, il direttore lavori deve provvedere senza indugio e comunque entro le ventiquattro ore, alla segnalazione al RUP dell'inosservanza, da parte dell'esecutore, delle disposizioni di cui all'art. 105 del codice, quindi, in primo luogo il rispetto del limite del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture e l'obbligo di acquisire nuova autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato. Rilevano, inoltre, le varie fattispecie dell'art. 105 che impongono particolari obblighi all'appaltatore, quali obblighi retributivi e contributivi ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, rispetto ai quali l'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore; l'obbligo di osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni, parimenti in solido con i subappaltatori; l'obbligo di sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80.

In relazione al corrispettivo l'art. 105 comma 14 impone all'affidatario di applicare per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento e di corrispondere i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso.

Per la determinazione del contenuto della verifica demandata al direttore lavori va tenuto conto che, come chiarito in giurisprudenza nella vigenza dell'art. 118, comma 4, D.Lgs. n. 163 del 2006 "il ribasso non superiore al venti per cento" va riferito ai prezzi unitari, già ribassati in quanto risultanti dall'aggiudicazione(47).

Sempre correlato al controllo amministrativo finalizzato alla corretta esecuzione dei lavori è la verifica dei requisiti di capacità tecnica, in capo all'impresa ausiliaria per l'ipotesi di ricorso all'istituto dell'avvalimento, che nell'art. 89, comma 9 del codice, risulta disciplinato in maniera più rigorosa rispetto al previgente sistema.

Mentre nel previgente sistema(48) il controllo della stazione appaltante era sostanzialmente concentrato in sede di gara, ed era volto a verificare la sussistenza dei requisiti e l'obbligo di messa a disposizione delle risorse sotto il profilo delle dichiarazioni e dei contenuti del contratto, con il nuovo codice sono demandate al RUP, con l'ausilio del direttore lavori, in base alla norma in commento, le verifiche che la stessa norma definisce "sostanziali" sull'accertamento del possesso in capo all'impresa ausiliaria dei requisiti e risorse dell'avvalimento per tutto il periodo di esecuzione, e dell'effettivo impiego degli stessi per quello specifico appalto(49).

Gli ulteriori compiti di controllo demandati al direttore lavori dal comma 3 dell'art. 7 riguardano: in caso di risoluzione, la redazione dello redazione dello stato di consistenza dei lavori già eseguiti, comprendente l'inventario di materiali, macchine e mezzi d'opera e la relativa presa in consegna in caso di consegna; le indicazioni al RUP per l'irrogazione delle penali da ritardo previste nel contratto(50), nonché per le valutazioni inerenti la risoluzione contrattuale ai sensi dell'art. 108, comma 4, del codice; l'accertamento della corretta applicazione alla normativa vigente in merito al deposito dei progetti strutturali delle costruzioni e che sia stata rilasciata la necessaria autorizzazione in caso di interventi ricadenti in zone soggette a rischio sismico(51).

Art. 8 - Varianti

Nel regime previgente la L. n. 109 del 1994 costituito dal combinato disposto degli artt. 343 e 344 della L. n. 2248 del 1865 all. F, abrogato dall'art. 358 del d.P.R. n. 207 del 2010, e 13 e 14 del d.P.R. n. 1063 del 1962, le modifiche contrattuali, denominate varianti, erano disciplinate soltanto sotto il profilo procedurale, senza specificarne le ragioni né porre limiti alle stesse.

Il diritto potestativo dell'amministrazione di disporre varianti, in tale regime, concerne sia le varianti quantitative, che per errore nelle previsioni iniziali o nuove circostanze impreviste o imprevedibili determina la necessità di eseguire maggiori quantità delle stesse categorie previste in progetto, sia quelle qualitative che consistono in più incisive variazioni del progetto e implicano l'esecuzione di categorie di lavoro nuove, con prezzi non previsti, sia le varianti miste, qualitative e quantitative insieme. Sotto il profilo dell'importo contrattuale le varianti possono, come solitamente accade, determinare incrementi di spesa e per tale ragione non rientrano nei poteri della direzione lavori, ovvero possono essere neutre, nel senso che le modifiche in più o in meno si compensano, senza che ciò determini un incremento della spesa.

Pertanto l'obbligazione dell'appaltatore, sempre nel regime previgente, si estendeva ordinariamente, e questo costituiva uno dei poteri autoritativi spettanti all'amministrazione in deroga alla pariteticità, propria del vincolo contrattuale, fino all'esecuzione di opere anche per un importo maggiore rispetto a quello del contratto, nei limiti del quinto del relativo importo ed agli stessi patti e condizioni e prezzi previsti nel contratto(52). Superato tale limite l'appaltatore, si sarebbe potuto sciogliere dal contratto, ovvero accettare l'esecuzione degli ulteriori lavori agli stessi patti e condizioni, o concordarne diversi.

Le varianti sono state storicamente una delle maggiori cause della lievitazione dei costi delle opere pubbliche ed in alcuni casi uno degli strumenti per favorire fenomeni collusivi. Pertanto già con l'entrata in vigore della L. n. 109 del 1994, con la valorizzazione della progettazione e nell'intento di superare una delle principali cause del ricorso alle varianti, la scarsa qualità progettuale, la possibilità di introdurre varianti è stata limitata alle sole ipotesi espressamente sancite dall'art. 25(53), confinando la possibilità di disporre modifiche da parte del direttore lavori a interventi per risolvere aspetti di dettaglio, contenuti entro un importo non superiore al 10 per cento per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro e al 5 per cento per tutte le altre tipologie, delle categorie di lavoro dell'appalto e che non comportino un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione

dell'opera, ipotesi riprodotte dall'art. 132, commi 1 e 3 del previgente D.Lgs. n. 163 del 2006.

Con l'attuazione delle direttive comunitarie in particolare degli artt. 72 della Dir. n. 2014/24 e 89 della Dir. n. 2014/25, si è accentuato il rigore nella possibilità di introdurre varianti, in funzione della considerazione delle stesse quale strumento indiretto di violazione della concorrenza, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia UE(54). Il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e parità di trattamento di origine comunitaria impone infatti che l'appalto in concreto eseguito corrisponda nel progetto a quello messo a base di gara ovvero offerto dai concorrenti, in sostanza al progetto sul quale si è formato il confronto concorrenziale(55).

La norma del nuovo codice mira a ricondurre ad unità quella che nel previgente codice era una distinta disciplina tra le varianti in corso di esecuzione del contratto (art. 114) e quelle in corso d'opera, risultando la prima norma applicabile a tutti i contratti, sia quelli di lavori sia quelli di servizi e forniture, mentre la seconda soltanto ai contratti relativi lavori pubblici. Ciò in quanto già la direttiva 2004/18 non affrontava la problematica delle varianti se non in sede di offerta, ipotesi a sua volta disciplinata dall'art. 76 del previgente D.Lgs. n. 163 del 2006. Per cui già nel previgente regime si poneva il problema di consentire varianti nel corso dell'esecuzione solo sulla base di una preventiva potestà stabilita nella fase di gara, con un regime analogo a quello di cui all'art. 76, volto a fissare i limiti entro i quali potevano essere stabilite anche varianti in corso di esecuzione(56).

Sin dall'entrata in vigore dell'art. 25 della L. 109 del 1994 si era quindi affermato il principio, confermato con il sistema di cui agli artt. 132 del D.Lgs. n. 163 e 161, comma 12, d.P.R. 207 del 2010, di tassatività del ricorso alle varianti, ammissibile solo in presenza delle fattispecie contemplate dall'art. 25 e fermo restando il limite del quinto stabilito dall'art. 334 della L. n. 2248 del 1865 abrogato con il d.P.R. n. 207 del 2010, che, fungeva unicamente da limite quantitativo alle uniche ipotesi in presenza delle quali era possibile la variante.

Il sistema che scaturisce dal combinato disposto dell'art. 106, comma 12 del codice e 8 comma 4 del decreto in commento, comporta un mutamento di rotta rispetto agli sviluppi della legislazione a partire dall'art. 25 della 109, e non appare del tutto coerente con la ratio della nuova norma, intesa a salvaguardare il principio di concorrenza anche con la limitazione del ricorso alle varianti.

Il comma 12 infatti reintroduce il diritto potestativo dell'amministrazione di ricorrere alle varianti, anche al di fuori di ipotesi specifiche stabilite dal legislatore, in tutti casi in cui "in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto", a prescindere dalle ragioni di tale necessità(57), non essendovi nel comma 12 un richiamo alle specifiche ipotesi contemplate nelle altre previsioni della norma.

Anche alla luce della nuova disciplina, il superamento da parte dell'amministrazione dei limiti stabiliti per le varianti, qualifica i lavori come extracontrattuali per cui è necessaria una nuova manifestazione di volontà, pur in presenza degli stessi prezzi e condizioni a nulla rilevando che nel nuovo atto vengono assunti come termini di riferimento i prezzi esistenti al momento della stipula del contratto originario(58). Pertanto il nuovo accordo essendo autonomo rispetto a quello originario soggiace alle norme operante al tempo della sua stipulazione(59).

Come già stabilito nel regime di cui al combinato disposto degli artt. 343 e 344 della L. n. 2248 del 1865 all. F, e 14 del d.P.R. n. 1063 del 1962, l'importo sul quale calcolare il quinto, in base al comma 4 dell'art. 8 del decreto, non è quello originario dell'appalto ma è quello risultante da tale importo, aumentato via via dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché degli ammontari diversi da quelli a titolo risarcitorio eventualmente riconosciuti all'appaltatore in sede di accordo bonario o di transazione(60).

Pertanto, con buona pace del principio di tutela della concorrenza anche in sede di esecuzione e del principio della qualità progettuale, sanciti dalla legge delega(61), l'ammontare finale del contratto, in conseguenza della modalità di determinazione del limite del quinto sul quale calcolare le varianti, può giungere ad importi notevolmente più alti di quello iniziale.

La previsione conferma il regime previgente la L. n. 109 del 1994, stabilendo appunto che nell'ipotesi in cui la modifica non superi l'importo del quinto, l'amministrazione può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario e l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto.

In tale caso il comma 4 dell'art. 8 del decreto in commento, nel ribadire che l'esecutore non può far valere il diritto alla risoluzione, stabilisce che il direttore dei lavori redige

la perizia suppletiva di variante accompagnata da un atto di sottomissione, che l'esecutore è tenuto a sottoscrivere in segno di accettazione o di motivato dissenso. Il motivato dissenso implica quindi una sottoscrizione con riserva anche dell'atto di sottomissione, che è stato tradizionalmente considerato estraneo alla documentazione contabile(62) e quindi non suscettibile di riserva, ciò che potrebbe esservi nell'ipotesi in cui l'appaltatore contesti il rispetto del limite del quinto, ovvero pur non contestandolo nell'ipotesi in cui vi sia la necessità di nuovi prezzi, regolata nel successivo comma 5 della norma, contesti l'applicabilità o la congruità degli stessi.

Nell'ipotesi in cui in presenza di varianti che non eccedono gli altri limiti stabiliti dall'art. 106, viene superato il solo limite del quinto, deve pertanto ritenersi applicabile, benché la norma non abbia riproposto il contenuto della previsione, il meccanismo stabilito dall'art. 161, comma 13, d.P.R. n. 207 del 2010. La predetta norma (riproducendo il contenuto dell'art. 134 del d.P.R. n. 554 del 1999) stabiliva una scansione procedimentale temporale, sfociante nella dichiarazione dell'appaltatore per iscritto in ordine alla propria intenzione di accettare la prosecuzione dei lavori indicando le condizioni, all'esito della quale il contratto resta valido ed efficace e l'appaltatore è tenuto a eseguire i lavori in variante alle condizioni e prezzi di contratto. Il superamento di tale limite comporta infatti unicamente il sorgere in capo all'appaltatore del diritto potestativo allo scioglimento del contratto, il cui mancato esercizio determina la perdurante validità ed efficacia del contratto(63).

Quindi l'appaltatore non ha diritto a riconoscimenti o indennizzi unicamente in conseguenza della variante, tuttavia se le variazioni ovvero le modalità con cui vengono stabilite ed approvate determinano a suo carico maggiori oneri, questi sono risarcibili dall'amministrazione.

La procedura sulle varianti si lega alle regole sui contenuti minimi della progettazione di cui all'art. 23 del D.Lgs. n. 50 del 2016(64) e nel contempo alle regole sull'obbligo dell'amministrazione committente di comportarsi con correttezza, lealtà, diligenza e buona fede (ai sensi delle norme concernenti il buon andamento e l'imparzialità, dettate dalla Costituzione e dall'art. 1375 c.c.), nonché al dovere di cooperazione su di essa gravante. Pertanto l'introduzione di varianti con conseguenti rallentamenti dei lavori ed incertezze nell'esecuzione, non necessitate, da cause obiettivamente imprevedibili all'epoca della progettazione iniziale determina l'addebitabilità di tali comportamenti alla pubblica amministrazione ed il diritto dell'impresa al risarcimento dei danni subiti, nonché al riaccredito delle somme trattenute dall'amministrazione come penali per la ritardata esecuzione anche nell'ipotesi in cui le lavorazioni in variante siano state determinate da miglioramenti da apportare all'opera appaltata, in

quanto comunque obiettivamente addebitabili all'amministrazione(65). Le modifiche progettuali che la stazione appaltante intende apportare devono comunque essere immediate, con contenimento delle attività tecniche e amministrative entro un ragionevole lasso di tempo, oltre il quale il ritardo è imputabile alla stazione appaltante(66), in adempimento del dovere, incombente sulla stessa, di assicurare l'eseguibilità dell'opera, dovere dal quale discende l'ulteriore obbligo per la committente di attivarsi con tempestività per la risoluzione delle inadeguatezze progettuali emerse nel corso dell'esecuzione, apportando senza indugio tutte le necessarie modifiche per consentire l'eseguibilità delle lavorazioni.

Pertanto, in presenza di accertate carenze progettuali, l'elaborazione tempestiva di una perizia di variante che pone rimedio a tali carenze, costituisce un dovere dell'amministrazione(67).

La stessa previsione (comma 4) stabilisce che la stazione appaltante, nel caso di varianti in diminuzione del limite del quinto dell'importo del contratto, deve comunicarlo all'impresa affidataria tempestivamente e comunque prima del raggiungimento del quarto quinto e solo in tale ipotesi non spetta alcun indennizzo all'esecutore.

Per ciò che concerne le modalità per la determinazione del corrispettivo, nell'ipotesi in cui le varianti comportino categorie di lavorazioni non previste nei prezzi di contratto, ovvero la necessità di impiegare materiali per i quali pure non risulta fissato il prezzo, si provvede alla formazione di nuovi prezzi.

Il comma 5, riprendendo il previgente regime dell'art. 163 del d.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce che i nuovi prezzi delle lavorazioni materiali sono valutati a) desumendoli dai prezzari di cui all'art. 23, comma 16 del codice, ove esistenti; b) ricavandoli totalmente o parzialmente da nuove analisi effettuate avendo a riferimento i prezzi elementari di mano d'opera, materiali, noli e trasporti alla data di formulazione dell'offerta, attraverso un contraddittorio tra il direttore dei lavori e l'esecutore, e approvati dal RUP.

In base al comma 6 tuttavia, in caso di incremento di spesa rispetto al quadro economico, l'inserimento in contabilità dei nuovi e maggiori prezzi è subordinato all'approvazione da parte degli organi competenti ad esprimere la volontà della stazione appaltante, su proposta del RUP. L'ultima parte della previsione riproduce la

disposizione dell'ultimo comma dell'art. 163 del d.P.R. n. 207, costituendo una delle espressioni dei poteri autoritativi che l'amministrazione può esercitare nell'ambito del rapporto contrattuale, per cui l'esecutore anche se non accetta i nuovi prezzi così determinati e approvati, è tenuto ad eseguire egualmente le relative lavorazioni, salvo iscrivere riserva nel registro di contabilità in cui i prezzi sono inseriti, con l'ordinaria conseguenza che la mancata sottoscrizione con riserva, implica l'accettazione dei prezzi(68).

Al di là delle conseguenze derivanti dalla riproposizione del diritto potestativo della stazione appaltante di introdurre varianti nel limite del quinto, il principio cardine introdotto dall'art. 106 del codice è quello del generale divieto di apportare modifiche al contratto di appalto pubblico, sul presupposto che le modifiche richiedono una nuova procedura di gara(69).

L'art. 106, strutturalmente, affronta tre profili rilevanti delle modifiche in corso di esecuzione: le varianti progettuali, le modifiche del corrispettivo e la durata e rinnovo del contratto.

Prescindendo dalle ultime due ipotesi, non direttamente legate al ruolo della direzione lavori, la prima ipotesi contempla le modifiche che, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili(70).

L'ulteriore ipotesi contemplata dall'art. 106, comma 1, lett. b) si riferisce a lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale. La norma riprende la previsione della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara per l'affidamento di lavori o servizi complementari di cui all'art. 57, comma 5, lett. a), D.Lgs. n. 163/2006. Deve trattarsi di prestazioni necessarie, ovviamente non incluse nell'appalto iniziale, rispetto alle quali un eventuale cambiamento del contraente risulti impraticabile, per motivi economici o tecnici, quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale e comporti, per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore, notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi.

In dottrina è stata sottolineata l'eccessiva discrezionalità conseguente alla genericità, alla scarsa chiarezza ed alla ambiguità di terminologie quali "notevoli disguidi" e "notevole duplicazione dei costi"(71).

Il successivo comma 7 limita per i soli "settori ordinari", l'estensione al 50 percento del valore del contratto iniziale specificando che, in caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica.

Una condivisibile opzione interpretativa(72) è nel senso che la percentuale si calcola, la prima volta sul valore del contratto iniziale, la seconda volta - e le eventuali successive - sulla somma del valore del contratto iniziale, come modificato per effetto dell'affidamento di precedenti prestazioni supplementari. Tale soluzione trova conforto storico sistematico nel regime dell'art. 14 del d.P.R. n. 1063 del 1962, sopra richiamato, in virtù del quale per determinare il limite del quinto all'importo del contratto occorreva aggiungere l'importo degli atti di sottomissione per varianti o lavori suppletivi a quello di contratto con il quale faceva corpo, con la conseguenza che il quinto destinato a fungere da limite successivo era rapportato un importo via via sempre maggiore di quello originario di contratto(73).

La successiva prescrizione che in ogni caso tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il codice, appare intesa ad evitare che lo scopo della disposizione venga eluso ricorrendo ad una frammentazione di modifiche che si traduce in una ingiustificata lievitazione del contratto.

In base sempre al comma 1 lett. c) n. 1 dell'art. 106 la denominazione di varianti in corso d'opera è riservata alle modifiche determinate da circostanze impreviste e imprevedibili, comprensive della sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti, ipotesi che riprende le fattispecie di cui al previgente art. 132, D.Lgs. n. 163 del 2006 comma 1, lett. a) e b).

Ai sensi dell'art. 8, comma 1 del decreto, solo per tali varianti il direttore lavori descrive la situazione di fatto ai fini dell'accertamento da parte del RUP della sua non imputabilità alla stazione appaltante, della sua non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori e delle ragioni per cui si rende necessaria la variazione.

Tali varianti sono ammissibili a prescindere dall'importo, purché non alterino la natura generale del contratto, secondo la formulazione del comma 1, lett. c), n. 1. Il riferimento sembra richiamare la fattispecie dei lavori extracontrattuali formatasi nel vigore del d.P.R. n. 1063 del 1162, sopra esposto. Tale ipotesi sembra assumere maggiore concretezza se confrontata con il successivo comma 4 della norma in virtù del quale una modifica è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lett. e), quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti.

Nell'ipotesi in cui non vi sia tale alterazione in base al comma 1, lettera e), queste varianti risultano pienamente ammissibili a prescindere dalle ragioni per le quali sono disposte, con il limite del 50%, previsto al comma 7 per gli appalti nei settori "ordinari" ovvero l'eventuale limite inferiore che la stazione appaltante ha facoltà di indicare nel bando di gara.

Il combinato disposto dei commi 2, lett. b), 9 e 10 dell'art. 106, ripropone l'ipotesi di variante per errore progettuale già contemplata negli artt. 25 della L. n. 109 del 1994 e 132 del previgente codice, accentuando le contraddizioni già presenti in queste norme(74). Il comma 9 ribadisce il principio in virtù del quale i titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti, in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione e che nel caso di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo.

Tuttavia il comma 2 sancisce che allorché la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, la modifica è consentita solo nei limiti del 15% del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori.

Viene modificato quindi il limite di rilevanza quantitativa della variante conseguente all'errore progettuale, che nel previgente regime era fissato al quinto dell'importo originario del contratto, il soggetto aggiudicatore procede alla risoluzione del contratto e indice una nuova gara alla quale è invitato l'aggiudicatario iniziale.

L'art. 106 non determina le conseguenze del superamento di tale limite quantitativo, ma poiché la variazione è ammissibile soltanto se l'incidenza sull'importo contrattuale

è inferiore al predetto limite, il superamento dello stesso non può che implicare le stesse conseguenze sancite dal previgente art. 132, cioè che il soggetto aggiudicatore procede alla risoluzione del contratto e indice una nuova gara.

La risoluzione e l'indizione di una nuova gara, con i conseguenti maggiori oneri di tempo ed i costi, nell'ipotesi in cui l'appalto sia di sola esecuzione, sembra configurarsi quale una sorta di sanzione a carico dell'appaltatore, per non aver rilevato immediatamente l'errore progettuale(75), rilievo che peraltro avrebbe potuto unicamente anticipare la risoluzione contrattuale al momento della consegna, non essendo ipotizzabile, nella generalità dei casi, che l'esame del progetto compiuto in sede di presentazione dell'offerta possa essere così approfondito da evidenziare errori progettuali. Sotto altro profilo può considerarsi una conseguenza della necessità che il progetto esecutivo a base di gara sia dettagliato, esente da errori ed in grado di assicurare la continuativa esecuzione dei lavori(76).

Peraltro il comma 10 dell'art. 106 specifica che si considerano errore o omissione di progettazione l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali, aspetti che, tranne l'inadeguata valutazione dello stato di fatto ove sia evidente e per casi eclatanti la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica, sfuggono all'immediata percezione dell'appaltatore.

Fin dalla previsione dell'art. 134 del d.P.R. n. 554 del 1999 appare fondamentale il ruolo del direttore lavori nell'introduzione durante il corso dei lavori di variazioni, in quanto spetta allo stesso, eventualmente anche su proposta dell'appaltatore, promuovere il procedimento con una perizia suppletiva e di variante da inviare alla stazione appaltante con una relazione circa le motivazioni della stessa(77).

La responsabilità tecnica ed economica della variante è rimessa al direttore lavori unitamente al progettista.

Come risultava chiaramente dal tenore testuale dell'art. 132 comma 1, che riproduce il testo del previgente art. 25, comma 1, L. n. 109, l'iter di approvazione della variante da parte degli organi competenti ad esprimere la volontà dell'ente, assume quale presupposto di ammissibilità, la proposta del progettista e del direttore lavori, in

quanto al termine "sentito il progettista e il direttore lavori", non può attribuirsi significato di un parere obbligatorio ma non vincolante, ma piuttosto quello di una proposta, con conseguente assunzione di responsabilità, in ordine alla sussistenza dei presupposti tecnici ed economici per l'ammissibilità della variante.

L'art. 161, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010 infatti poneva a carico del direttore lavori il potere di disporre la variante che veniva approvata dalla stazione appaltante nel rispetto delle condizioni e dei limiti indicati all'art. 132 del codice.

Il comma 2 dell'articolo in commento ribadisce che l'organo deputato a proporre le modifiche e varianti dei contratti in corso di esecuzione e le relative perizie di variante è il direttore lavori con apposita relazione da inviare al RUP in cui indica i motivi della variante(78).

Il nuovo codice non disciplina le ipotesi di interventi di dettaglio, che potevano essere disposti dal direttore dei lavori e disciplinati dall'art. 132, comma 3 del codice previgente. Tale lacuna viene opportunamente colmata dall'art. 8 comma 7 del decreto in commento, che conferisce tale potere al direttore lavori, mantenendo il limite dell'aumento dell'importo contrattuale al quale aggiunge, evidentemente a tutela dell'appaltatore, anche quello della diminuzione. Tuttavia il venir meno del limite del 10% per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro e del 5% per tutti gli altri casi riferito alle categorie di lavoro dell'appalto, conferisce al direttore lavori il potere di introdurre varianti meramente qualitative di portata significativa, che da un lato possono compromettere l'equilibrio dell'offerta, basato spesso sul bilanciamento delle diverse categorie dei lavori, dall'altro potrebbe essere utilizzato quale strumento per porre rimedio ad errori progettuali. Pertanto la previsione va interpretata in senso restrittivo, anche in considerazione dell'ammissibilità di tali interventi previa semplice comunicazione al RUP, senza ulteriori approvazioni, ed in coerenza con il limite generale sancito dal comma 4 dell'art. 106, del rispetto degli elementi essenziali del contratto, che si declina nelle previsioni delle lettere a) e b) sulla necessità di non mutare l'offerta inizialmente accettata, e di mantenere l'equilibrio economico del contratto, che trova il suo principale elemento di riscontro nelle categorie(79).

L'art. 106 comma 1 alla lettera e) contempla peraltro una ulteriore ipotesi in cui è possibile ricorrere alle varianti, senza una particolare ragione giustificativa, fatto salvo solo il limite generale del quinto di cui al comma 12, quella in cui le modifiche non sono sostanziali ai sensi del comma 4. Infatti la fissazione di soglie di importo nei

documenti di gara è una mera facoltà da parte delle stazioni appaltanti, che pertanto non condiziona la possibilità di ricorso alle varianti.

Il comma 4 dello stesso art. 106 considera essenziali le modifiche che introducono condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione(80).

All'appaltatore, sia per esigenze di rispetto del contenuto contrattuale, sia per il vincolo delle eventuali spese connesse alle varianti, sia - nel nuovo regime - per il rispetto dei principi della concorrenza, è preclusa la possibilità di apportare modifiche unilaterali(81). Nell'ipotesi in cui tali modifiche concretino un inadempimento, ovvero una difformità o un vizio, l'obbligo di rifacimento in capo all'appaltatore rientra nel generale obbligo di corretto adempimento. L'art. 8, comma 3 del decreto in commento, riprende la previsione dell'art. 161, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, specificando che in caso di modifiche al progetto non disposta dal direttore dei lavori, l'appaltatore è tenuto la rimessa in pristino a sue spese in base alle disposizioni del direttore lavori.

La responsabilità dell'appaltatore, nel caso in cui la variante non autorizzata comporti un vizio o una difformità progettuale, ovvero comunque l'impossibilità di ottenere indennizzi non viene meno neppure nell'ipotesi in cui la direzione lavori abbia tollerato le difformità e i vizi o addirittura ne abbia prescritta l'esecuzione, anche contabilizzando i relativi lavori.

Il direttore lavori è infatti un rappresentante meramente tecnico del committente per cui le sue dichiarazioni sono vincolanti se rispettose di tale ambito. L'alta sorveglianza del direttore lavori è preordinata all'esecuzione dell'opera in base al progetto e alle previsioni contrattuali, senza la possibilità, salve poche ipotesi tassativamente previste, di ordinare variazioni all'opera.

Nel regime previgente i lavori extra contratto eseguiti dall'appaltatore, non previamente autorizzati, non importa se di propria iniziativa o su indicazione verbale o anche scritta del direttore lavori, anche sotto il vigore dell'art. 342, comma 2, L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, potevano dare luogo a un compenso solo in presenza di una serie di condizioni individuate dalla giurisprudenza nella formulazione di regolare e tempestiva riserva sui documenti contabili, nella qualificazione degli stessi lavori

come indispensabili in sede di collaudo, nel riconoscimento da parte dell'amministrazione committente, e nella possibilità di trovare copertura nel quadro economico del contratto, in aggiunta al costo dei lavori di progetto(82).

Con l'entrata in vigore della L. n. 109 del 1994 il cui art. 25 individuava ipotesi tassative nelle quali erano ammesse varianti in corso d'opera, nell'ipotesi in cui il direttore lavori avesse ordinato all'impresa varianti non approvate, risultava escluso non soltanto il pagamento del corrispettivo ma anche la possibilità di porre a carico dell'amministrazione il prezzo di mercato delle opere o anche un indennizzo per indebito arricchimento.

Pertanto in virtù del combinato disposto prima degli artt. 25, L. n. 109 del 1994 e 134, d.P.R. n. 554 del 1999 e successivamente degli artt. 132, D.Lgs. n. 163 del 2006 e 161 del d.P.R. n. 207 del 2010, la variante non poteva essere disposta dal Direttore dei lavori, se non fosse stata preventivamente approvata dai competenti organi della stazione appaltante, nel rispetto delle condizioni e dei limiti indicati all'art. 132 D.Lgs. n. 163 del 2006 (ex art. 25 della L. n. 109/1994) a pena della mancanza di titolo al pagamento dei lavori eseguiti (art. 134, comma 2, d.P.R. n. 554 del 1999 e 161, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010), dovendo "gli ordini di variazione (del direttore lavori)" fare espresso riferimento all'intervenuta approvazione", salvi i casi di interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, che contenuti entro un importo non superiore al 5 per cento delle categorie di lavoro dell'appalto e non comportanti un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione dell'opera.

L'elaborazione giurisprudenziale sul tema è pacificamente attestata nel negare valore all'eventuale emanazione di un ordine scritto del direttore dei lavori, anche su parere conforme dell'amministrazione committente, ai fini del pagamento di lavori non previsti in contratto, essendo necessario che detto ordine di servizio indichi gli estremi della specifica approvazione dei lavori da parte della committente, adottata nelle forme di legge(83).

L'art. 8, comma 2 del decreto, riprendendo la previsione dell'art. 161, comma 11, d.P.R. n. 207 del 2010 (negli stessi termini era la previsione dell'art. 134, comma 11, d.P.R. n. 554 del 1999), stabilisce che il direttore dei lavori risponde delle conseguenze derivanti dall'aver ordinato o lasciato eseguire modifiche o addizioni al progetto, senza averne ottenuto regolare autorizzazione, salva l'ipotesi in cui non derivino da interventi volti ad evitare danni gravi a persone o cose o a beni soggetti alla

legislazione in materia di beni culturali e ambientali o comunque di proprietà delle stazioni appaltanti. La responsabilità del direttore lavori si aggiunge quindi a quella dell'appaltatore, ovvero non incide sulle conseguenze patrimoniali nel rapporto contrattuale tra amministrazione e appaltatore.

Dal carattere indefettibile dell'approvazione da parte degli organi deputati ad esprimere la volontà della stazione appaltante(84), discende l'impossibilità di un'approvazione in sanatoria della perizia di variante, dopo che i lavori non autorizzati siano stati eseguiti. L'art. 228 del d.P.R. n. 207 del 2010 (come l'art. 198 del d.P.R. n. 154 del 1999) ancora vigente fino all'approvazione del decreto del ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di cui all'art. 102, comma 8 del codice, rimette all'accertamento dell'organo di collaudo, ovviamente sindacabile in sede giurisdizionale, la valutazione in ordine al carattere di indispensabilità delle varianti non autorizzate per l'esecuzione dell'opera.

In ipotesi di tale riconoscimento è possibile il pagamento in favore dell'appaltatore se i lavori trovano copertura nell'ambito delle spese approvate(85). La norma subordina l'ammissione in contabilità da parte del collaudatore al parere vincolante della stazione appaltante, parere che tuttavia non rientra in un ambito di discrezionalità vera e propria, in quanto in presenza dei presupposti stabiliti dalla norma e cioè l'indispensabilità dell'intervento eseguito senza autorizzazione e il riconoscimento di tale carattere da parte del collaudatore, l'appaltatore ha diritto al compenso.

Il mancato riconoscimento delle varianti esclude anche la possibilità di conseguire l'indennizzo ex art. 2041 c.c. proprio in ragione dell'inammissibilità dell'azione di arricchimento senza causa conseguente alla specifica previsione che esclude il diritto a qualunque compenso o indennizzo(86).

In giurisprudenza si è tuttavia ammessa la possibilità da parte dell'amministrazione di disporre variazioni in corso d'opera in pendenza dell'approvazione della perizia di variante in quanto, le variazioni apportate in corso di esecuzione di un'opera appaltata da un ente pubblico in mancanza di un ordine scritto del direttore dei lavori, se riassunte in una c.d. "perizia di variante" successivamente approvata dal competente organo dell'ente appaltante, possono essere "sanate" quanto al profilo dell'irregolarità derivante dalla mancanza dell'ordine scritto(87).

Ulteriore eccezione, nel regime di cui all'art. 342 della L. n. 2248 del 1865, All. F, e degli artt. 16 e 17, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, era dato dall'ipotesi di assoluta urgenza, per la quale anche in mancanza di accordo scritto, la variante risultava pienamente legittima nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 342, l'ordine del direttore dei lavori e l'approvazione dell'ente pubblico(88).

Per cui appariva sufficiente l'ordine del direttore lavori che deve comunque darne immediata comunicazione all'amministrazione che può sospendere l'esecuzione dei lavori pagando all'appaltatore le spese.

La fattispecie è assimilabile a quella di cui all'art. 8, comma 2 ultima parte, di variante disposta dal direttore lavori volta ad evitare danni gravi a persone o cose o a beni soggetti alla legislazione in materia di beni culturali e ambientali o comunque di proprietà delle stazioni appaltanti.

La norma regolamentare invece non ripete la previsione dell'art. 161, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010 che stabiliva la necessità che gli ordini di variazione facessero espresso riferimento all'intervenuta approvazione(89).

Deve tuttavia ritenersi che la necessità dell'ordine scritto sia riconducibile all'art. 3 comma 1 che configura l'ordine di servizio quale strumento ordinario per l'esercizio dell'attività del direttore lavori ed il richiamo alla superiore approvazione deve comunque considerarsi necessario, in ragione dei limiti posti al direttore lavori al potere di disporre varianti.

In conseguenza di tale limite, e salva l'ipotesi di cui all'art. 8, comma 2 ultima parte, l'appaltatore ha l'onere di non dare esecuzione ad un ordine verbale ovvero a un ordine scritto senza l'approvazione della stazione appaltante, in quanto si espone al rischio di ottenere compensi solo in presenza del riconoscimento dell'utilità e necessità dei lavori in sede di collaudo ai sensi dell'art. 228 del d.P.R. n. 207 del 2010 fino a quando sarà in vigore(90).

Più delicata è l'ipotesi in cui la variante sia disposta dall'amministrazione ma al di fuori dei casi ovvero dei limiti quantitativi e/o qualitativi previsti dall'art. 106. Come correttamente rilevato dall'autorevole dottrina(91), le norme che stabiliscono limiti alle varianti, incidono sulla corretta formazione della spesa pubblica per cui

costituiscono norme inderogabili, la cui violazione determina l'invalidità insanabile degli atti. Pertanto in tale ipotesi all'appaltatore va riconosciuta la potestà di rifiutare la variazione e in presenza dei relativi presupposti, perché ad esempio non sono eseguibili ulteriori opere diverse da quelle oggetto della illegittima variazione, può agire per la risoluzione per inadempimento a carico dell'amministrazione e il conseguente risarcimento danni.

L'ultimo comma della disposizione in commento ripropone l'ipotesi di varianti in diminuzione stabilita dall'art. 11 del D.M. n. 145 del 2000(92), che consistono in modifiche dirette a migliorare gli aspetti funzionali, nonché singoli elementi tecnologici o singole componenti del progetto, che non comportano riduzione delle prestazioni qualitative e quantitative stabilite nel progetto stesso e che mantengono inalterate il tempo di esecuzione dei lavori e le condizioni di sicurezza dei lavoratori. Ulteriore limite contenutistico, implicito nelle caratteristiche delle stesse è il rispetto dell'art. 106 del codice, e la non alterazione sostanziale del progetto né delle categorie di lavori.

Art. 9 - Contestazioni e riserve

L'ANAC nella prima Relazione illustrativa - "Il Direttore dei Lavori: modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto", rileva che l'assenza di una disciplina di dettaglio nel nuovo Codice è espressione della volontà del legislatore di realizzare un'ampia liberalizzazione delle forme e delle modalità di azione delle stazioni appaltanti, che restano, comunque, vincolate al rispetto di principi generali cogenti (principi di efficienza e di efficacia, di imparzialità, di concorrenza, di trasparenza ecc.). Pertanto sulla base del divieto di goldplating(93) prescritto sia dal legislatore europeo, che da quello italiano, l'Autorità motiva la scelta di inserire nelle linee guida "prescrizioni puntuali solo laddove le stesse sono risultate strettamente indispensabili per la definizione delle modalità di svolgimento dell'attività di controllo e di direzione attribuita ai Direttore dei Lavori, nonché laddove, per l'importanza degli istituti giuridici di volta in volta considerati, una disciplina di maggior dettaglio è apparsa strumentale alla garanzia di una maggiore certezza e trasparenza nei rapporti tra stazioni appaltanti e imprese, anche al fine di scongiurare l'insorgere di contenziosi".

Probabilmente le riserve meritavano tale disciplina di maggior dettaglio, proprio in ragione del collegamento con il diritto di azione costituzionalmente garantito ex art. 24 Cost. ed il contenzioso.

Tuttavia proprio il nesso con diritti fondamentali e l'opzione del legislatore per una regolamentazione più duttile e quindi la scelta di una fonte regolamentare di rango inferiore rispetto al classico regolamento (come il d.P.R. 207 del 2010 autorizzato dall'art. 5 del D.Lgs. n. 163 del 2006), è risultato ostativo alla definizione di una disciplina di dettaglio senza la adeguata copertura legislativa(94). Con la scarna previsione dell'art. 9 in virtù del quale il direttore dei lavori, per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto, - si introduce quindi una contrattualizzazione delle riserve, anche se soltanto parziale, in quanto sono disciplinate, oltre che nell'art. 14 sulla contabilità, in varie previsioni del decreto, ed in particolare: negli artt. 3 comma 1, in relazione agli ordini di servizio, 5, commi 9 e 14 per la consegna, 8 comma 6, in relazione ai nuovi prezzi, 10 comma 4 per la sospensione.

Pertanto deve farsi riferimento, per individuare gli aspetti operativi delle riserve, agli orientamenti formatisi in relazione alla disciplina delle riserve dell'appaltatore tradizionalmente conosciuta e tramandata dalla normativa succedutasi nel tempo sin dal R.D. n. 350 del 1895. La ratio legis, che è al fondamento della disciplina, è costituita dall'esigenza che l'Amministrazione committente conosca, tempestivamente e costantemente, tutti i fattori che possono aggravare il costo dell'opera e conseguentemente sia posta in grado di svolgere prontamente ogni necessaria verifica e valutare, in ogni momento, l'opportunità del mantenimento ovvero del recesso dal rapporto di appalto, in relazione ai fini di interesse pubblico(95). Limitandoci agli aspetti maggiormente rilevanti, da tale ratio discende la conseguenza dell'immediatezza e tempestività dell'onere, in virtù del quale l'appaltatore che intenda far valere pretese relative a maggiori compensi, rimborsi o indennizzi, per qualsiasi titolo ed in relazione a qualsiasi situazione sopravvenuta nel corso della realizzazione dell'opera, ha l'onere d'iscrivere apposita riserva nel registro di contabilità entro il momento della prima iscrizione successiva all'insorgenza della predetta situazione(96). Ulteriore conseguenza delle finalità della riserva è l'esclusione della possibilità di circoscrivere l'onere in questione alle sole pretese collegate a fatti riportati nel registro di contabilità, con estensione dell'onere anche ai fatti esclusi, quali le fattispecie di mancata contabilizzazione delle partite di lavori.

Pertanto in virtù del principio della tempestività di iscrizione delle riserve, la riserva, che concerne ogni pretesa di maggiori compensi, rimborsi o indennizzi per qualsiasi titolo ed in relazione a qualsiasi situazione nel corso della esecuzione dell'opera(97), può ritenersi tempestivamente formulata solo se inserita nel registro di contabilità al momento della prima iscrizione successiva alla insorgenza del fatto integrante la fonte delle ragioni vantate oppure, potendo iscriversi anche in altri documenti redatti dall'amministrazione in contraddittorio con l'imprenditore, quali ad esempio il verbale

di consegna dei lavori. Conseguenza ulteriore della ratio della disciplina, che deve ritenersi confermata nel decreto è l'applicazione dell'onere della tempestiva riserva a pena di decadenza, anche ai c.d. fatti cosiddetti continuativi, consistenti in fatti non immediatamente produttivi di maggiore onerosità, rispetto ai quali detto onere diventa operativo quando la potenzialità del danno diventi obiettivamente apprezzabile, secondo criteri di normale diligenza e di buone fede, da parte dell'appaltatore, il quale sia in grado di rilevarne la esistenza e la misura presumibile, salvo a precisarne l'entità nelle successive registrazioni(98). La decadenza è comunque collegata unicamente ai danni subiti fino al momento della redazione del registro di contabilità. L'onere della riserva infatti, scatta ogni qualvolta il registro di contabilità viene sottoposto all'appaltatore per la firma, ove questi intenda contestare la contabilizzazione delle partite di lavoro cui la firma si riferisce o in genere le richieste che siano in esse implicate. Sotto il profilo delle modalità di formulazione, la riserva deve contenere l'indicazione specifica del suo oggetto e della sua ragione, è necessario che vi sia "precisione e chiarezza della richiesta" ed una "indicazione precisa delle cifre di compenso e delle ragioni di ciascuna domanda"(99), per cui non è sufficiente una formulazione succinta, ma occorre una formulazione improntata a precisione sulla cifra del compenso, sulle ragioni di ciascuna domanda e sugli elementi di fatto posti a fondamento della riserva medesima- Poiché l'onere della riserva incide sul diritto di azione, ne è stata esclusa la portata in ipotesi non espressamente contemplate, sulla base di un'interpretazione conforme a canoni di ragionevolezza, escludendosi dall'onere in questione, la risoluzione per inadempimento dell'amministrazione, l'azione di annullamento per vizi della volontà, o il diritto ai compensi previsti nel caso di recesso ad nutum(100).

Vengono, poi, esclusi i fatti illeciti dell'amministrazione ed i fatti in genere del tutto estranei alla finalità del registro di contabilità di documentazione dell'iter esecutivo dell'opera, come, per es., il diritto agli interessi e, per i debiti di valore, alla rivalutazione monetaria(101). Anche gli oneri della sicurezza seguono un regime a sé in occasione dell'erogazione dei pagamenti, conseguentemente il credito per le spese relative non rientra nel regime delle riserve, ma può essere fatto valere anche con altre forme, atteso che il relativo rimborso obbligatorio, a carico della stazione appaltante, non attiene a singole partite contabili, legate all'avanzamento dei lavori, bensì dell'intero appalto, nella sua globalità tecnica e contabile(102). Per ciò che concerne la sede delle riserve, proprio per le conseguenze che comporta e per la finalità dell'onere di iscrizione, è limitata al registro di contabilità o comunque ad atti che hanno il valore di documenti contabili(103). Quanto agli ordini di servizio, l'art. 128, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 pur affermando che essi dovevano essere sottoscritti dall'appaltatore, specificava che essi non costituivano sede per l'iscrizione di riserve. L'art. 152 del d.P.R. n. 207 del 2010, pur richiamando la riserva, collegava la decadenza alla mancata iscrizione delle riserve nel registro di contabilità all'atto della firma immediatamente successiva all'ordine di servizio, escludendosi dunque l'onere

di sottoscrizione con riserva dell'ordine di servizio, in ossequio al principio che non costituiscono sede di iscrizione di riserve gli atti unilaterali dell'amministrazione(104). Tale conclusione appare valida anche con riferimento alla previsione dell'art. 3 del presente decreto, che fa salva la facoltà di scrivere le proprie riserve, ma non prescrive la sottoscrizione con riserva dell'ordine di servizio. Su tale presupposto, si ritiene che neppure gli atti aggiuntivi contenenti l'affidamento di una variante o di lavorazioni con nuovi prezzi costituiscono sede per l'iscrizione delle riserve. Infine, l'onere di formulazione della domanda su un atto dell'appalto che l'appaltatore sottoscrive prima della firma del registro di contabilità deve attenere soltanto i fatti a quell'atto correlati (es. libretto misure o contabilità provvisoria).

La perizia di variante non è neppure un atto sottoposto alla sottoscrizione dell'appaltatore, mentre per giurisprudenza più che consolidata è pacifico che, l'atto aggiuntivo ha come unico effetto quello di impegnare l'impresa ad eseguire lavori aggiuntivi, non è sede per l'iscrizione di riserve, non costituendo documento contabile, salvo il caso di rinunzie esplicite. Pertanto la mera sottoscrizione senza riserve di atti di sottomissione o di atti aggiuntivi non comporta di per sé rinunzia alle riserve iscritte in contabilità, né ha alcuna efficacia transattiva di controversie o abdicativa di future pretese(105). Per le stesse ragioni si ritiene che le pretese dell'imprenditore siano svincolate dall'onere della riserva quando la contabilità dei lavori venga omessa, oppure risulti informe e non ricostruibile, come nel caso in cui essa sia costituita da semplici appunti e brogliacci che non permettono al contraente privato di effettuare le proprie valutazioni in ordine alle contabilizzazioni eseguite(106). Pertanto la riserva è un atto che potremmo definire a sede vincolata, in quanto deve essere formulata negli atti preposti ad accoglierla, e non può essere sostituita da equipollenti, quali l'invio di una lettera o di una diffida o il riconoscimento, da parte della direzione lavori, delle ragioni, dell'appaltatore(107).

Tale principio si pone in potenziale conflitto con il carattere necessitato dell'onere della riserva, che implica la sussistenza dell'onere anche nell'ipotesi di materiale indisponibilità del registro di contabilità, che è custodito dalla direzione dei lavori. In questo caso il divieto di formulare la riserva su atti diversi dalla contabilità viene temperato, potendo e dovendo, in mancanza del registro di contabilità o in presenza di rifiuto del direttore lavori di metterlo a disposizione dell'esecutore, apporsi la riserva ovvero la sua esplicazione con atto scritto di data certa anche diverso dal registro di contabilità(108). Trattandosi di diritti patrimoniali, in quanto tali disponibili, come è ammissibile una rinuncia anche implicita da parte dell'appaltatore purché abbiano carattere della evidenza, anche l'amministrazione, vertendosi in tema di diritti patrimoniali, può rinunziare a far valere la decadenza nella quale sia incorso l'appaltatore per la non tempestiva proposizione delle sue riserve. Anche in tal caso la rinunzia può essere espressa o attuata per facta concludentia, e cioè con comportamenti incompatibili con la volontà di avvalersi dalla decadenza. Il comportamento concludente deve poi essere attuato dall'organo dell'amministrazione

competente a decidere sulle riserve sicché nessun rilievo può darsi a comportamenti di altri soggetti - quali ad es. il direttore dei lavori, il collaudatore, il RUP - che, anche se si esprimono per l'accoglimento parziale o totale di una riserva decaduta, non perfezionano di certo gli estremi di una rinunzia implicita(109). Nel sistema consolidatosi nel tempo, imperniato originariamente sull'art. 54 del R.D. n. 350 del 1895 e successivamente sugli artt. 165 del d.P.R. n. 554 del 1999 e 190 del d.P.R. n. 207 del 2010, che ne hanno in gran parte riprodotto le previsioni, la riserva veniva configurata come un procedimento a formazione progressiva.

Il procedimento delineato dalle norme previgenti si articola sulla 1) formulazione della domanda successivamente al fatto che determina il suo pregiudizio sul primo atto dell'appalto idoneo a fungere da sede delle domande stesse; 2) successiva iscrizione della stessa domanda anche sul registro di contabilità all'atto della sua sottoscrizione immediatamente successiva al fatto pregiudizievole; 3) conferma della domanda sul conto finale. Nella prima fase in alternativa all'immediata sottoscrizione con riserva e contestuale esplicazione della stessa, è possibile la sola sottoscrizione con riserva ed esplicazione nei 15 giorni successivi sul "primo atto dell'appalto idoneo a riceverla" immediatamente successivo al fatto da cui essa trae origine (D.M. 19 aprile 2000, n. 145, art. 31, comma 2). Poiché il registro viene sottoposto all'appaltatore in occasione di ogni stato di avanzamento lavori, si può affermare che l'onere in argomento va assolto in occasione dello stato di avanzamento immediatamente successivo al fatto.

Infatti la prima fase è soltanto eventuale, in quanto tra il verificarsi del fatto pregiudizievole per l'appaltatore e la sottoscrizione del registro di contabilità immediatamente successiva a quel fatto è possibile non venga formato nessun altro atto dell'appalto che possa costituire idonea sede della domanda. In tal caso, evidentemente, l'appaltatore evita la decadenza con la formulazione della domanda sul registro di contabilità all'atto della prima sottoscrizione e con la conferma della stessa sul conto finale. La riserva generica, che sia stata iscritta in un documento diverso dal registro di contabilità, come nel caso del verbale di ripresa dei lavori, soggiace dunque alla medesima regola dettata per quella iscritta nel registro di contabilità, perché questa possa assolvere la funzione sua propria, già indicata; e anche in tal caso l'esplicitazione della riserva è soggetta al termine di 15 giorni indicato nel R.D. n. 350 del 1895, art. 54 e confermato dagli artt. 165 del d.P.R. n. 554 del 1999 e 190 del d.P.R. n. 207 del 2010, trascorso il quale opera la decadenza ivi prevista(110). Pertanto nel sistema previgente risultava essenziale anche ai fini della legittimità in relazione all'interferenza del regime della decadenza connesso alle riserve con il diritto di azione costituzionalmente garantito, la distinzione tra l'onere della proposizione della riserva e l'onere di esplicazione della stessa(111).

Nel regolamento tale distinzione è venuta meno, e conseguentemente il termine di 15 giorni per l'esplicazione della riserva. Non si ritiene che le modalità di apposizione

della riserva che in base agli artt. 9 e 21, sono rimesse alla disciplina della stazione appaltante riportata nel capitolato d'appalto, possano determinare il superamento di tale distinzione che comporterebbe una inammissibile compromissione del diritto di azione a carico dell'appaltatore. Sarebbe stato opportuno mantenere la disciplina dell'onere di esplicazione connesso a un termine perentorio nel regolamento, imponendone la contrattualizzazione per superare la problematica connessa alla fonte di rango subprimario, ciò che avrebbe certamente agevolato la gestione del contenzioso(112).

A differenza di quanto previsto nell'art. 190 del d.P.R. n. 207 del 2010, non viene sancita espressamente la responsabilità attribuita al direttore lavori nel caso in cui lo mette di formulare le proprie deduzioni alle riserve dell'appaltatore e non consenta, di conseguenza, la stazione appaltante di percepire le ragioni ostativi al riconoscimento delle pretese dell'esecutore.

Art. 10 - Sospensione dei lavori

L'art. 107 del codice disciplina per la prima volta a livello di fonte primaria la sospensione lavori, riproponendo in larga parte la disciplina degli artt. 133 del d.P.R. n. 554 del 1999 e 158 del d.P.R. n. 207 del 2010.

La potestà di disporre unilateralmente la sospensione, pur riconducibile al generale potere di controllo e ingerenza della stazione appaltante, non costituisce atto amministrativo autoritativo, anche se resta pur sempre manifestazione di un potere basato su una valutazione tecnico-discrezionale dei presupposti che la legittimano(113). Viene rimessa al direttore lavori la facoltà di disporre la sospensione dell'esecuzione in tutti i casi in cui ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto. Nel testo del codice è venuta meno la specificazione delle ipotesi di avverse condizioni climatiche, di forza maggiore, tra le circostanze speciali che impediscono l'esecuzione o la realizzazione a regola d'arte dei lavori, perché evidentemente ritenute comprese nelle circostanze speciali, senza necessità di specificazione. È di competenza del RUP disporre la sospensione per ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica, disposta con atto motivato delle amministrazioni competente. Per ciò che concerne specificamente l'ambito delle competenze a disporre la sospensione nel regime di cui al previgente art. 30, comma 1, d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, è stata ravvisata la colpa grave del direttore dei lavori che, senza autorizzazione dell'ingegnere capo, abbia disposto la sospensione delle opere in ipotesi non rientranti nell'elencazione tassativa stabilita dalla norma. Ciò in quanto il direttore lavori, essendo sprovvisto di rappresentanza negoziale nei confronti dell'appaltatore, non può disporre di sua iniziativa la sospensione stessa(114). Nel vigore del previgente regime l'introduzione delle "circostanze speciali" costituiva una evoluzione delle "ragioni di pubblico interesse o

necessità" di cui all'art. 30 del capitolato d.P.R. n. 1063 del 1962. Il capitolato del 2000 (art. 24, D.M. 19 aprile 2000, n. 145), con una previsione poi riproposta nell'art. 159 del d.p.r. n. 207 del 2010 contemplava tra le circostanze speciali anche le situazioni che determinano la necessità di procedere alla redazione di una variante in corso d'opera, ma unicamente per i casi necessitati individuati con rinvio all'art. 132, comma 1, lett. a) e b), consistenti nelle sopravvenienze normative ovvero in cause impreviste ed imprevedibili, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione. Per le ipotesi di cui alle lettere c) e d) dello stesso art. 132 (specificità dei beni, rinvenimenti e sorpresa geologica), la sospensione risultava ammessa solo quando dipendente da fatti non prevedibili al momento della stipulazione del contratto.

Il presupposto della sospensione legittima è chiaramente riferito a circostanze speciali di carattere obiettivo, non previste né prevedibili dalla stessa p.a. con l'impiego dell'ordinaria diligenza, tali da determinare l'esigenza o l'opportunità tecnica della sospensione dei lavori(115). Le ragioni di pubblico interesse quindi non possono essere invocate per porre rimedio negligenza o imprevidenza dell'amministrazione, ma si traducono in esigenze pubblicistiche oggettive sopravvenute(116). In mancanza di tale presupposti la sospensione stessa o il suo prolungarsi devono ricondursi alla negligenza ed imprevidenza della stazione appaltante e si qualificano illegittime. Anche nel regime vigente deve ritenersi illegittima l'introduzione di varianti con conseguente sospensione non necessitata da cause obiettivamente imprevedibili all'epoca della progettazione iniziale e sostanzialmente dipendente da errori progettuali. Pertanto la necessità di procedere alla redazione di una variante come causa di sospensione va correlata al principio di necessaria completezza ed eseguibilità del progetto, ed in mancanza di ragioni sopravvenute, di carattere eccezionale e non prevedibili rileva quindi come inadempimento della committente anche sotto il profilo della violazione del dovere di cooperazione ai sensi degli artt. 1206, 1175 e 1375 c.c., per non aver garantito all'appaltatore la possibilità di realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio(117). In ogni caso anche nella ricorrenza dei presupposti affinché la sospensione determinata dalla necessità di procedere alla redazione di una perizia di variante sia legittima, va considerato che il rispetto del dovere di cooperazione impone che le modifiche progettuali che la stazione appaltante intende apportare devono comunque essere immediate, con contenimento delle attività tecniche e amministrative entro un ragionevole lasso di tempo, oltre il quale il ritardo è imputabile alla stazione appaltante(118). Il riferimento dell'art. 107, comma 2 all'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica, disposta con atto motivato delle amministrazioni competenti, va interpretato con rigore in quanto contrasta con i principi generali in materia di obbligazioni e con quelli di contabilità pubblica in base ai quali l'amministrazione deve disporre delle necessarie risorse finanziarie, prima di indire la gara, piuttosto che sospendere l'esecuzione dei lavori(119). Per ciò che concerne gli aspetti procedurali,

dal tenore dell'art. 107, comma 1 sembra limitata alle sole ipotesi di sospensione disposta dal direttore lavori la necessità di redigere il verbale di sospensione, con l'indicazione delle ragioni che hanno determinato l'interruzione dei lavori, nonché dello stato di avanzamento dei lavori, delle opere la cui esecuzione rimane interrotta e delle cautele adottate affinché alla ripresa le stesse possano essere continuate ed ultimate senza eccessivi oneri, della consistenza della forza lavoro e dei mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione. Tuttavia le ragioni che presiedono la necessità di redigere il verbale valgono anche per le ipotesi di sospensione disposta dal RUP, in quanto anche in tali casi è interesse dell'amministrazione accertare lo stato di avanzamento dei lavori ed anche le ragioni che hanno determinato la sospensione, ai fini sia del riconoscimento di indennizzi ovvero anche di danni conseguenti all'illegittimo protrarsi della sospensione sia della predisposizione delle cautele in vista della ripresa dei lavori.

La necessità della redazione di un verbale di sospensione anche nelle ipotesi in cui sia stata disposta dal RUP, trova conferma nell'art. 10 del decreto in commento. Tale previsione presuppone l'avvenuta redazione del verbale di sospensione in quanto attribuisce al direttore lavori il compito di disporre visite periodiche durante il periodo di sospensione per accertare le condizioni delle opere, la presenza di manodopera e macchinari e per dare le disposizioni necessarie per contenere macchinari e manodopera nella misura strettamente necessario per evitare danni alle opere già eseguite e facilitare la ripresa. Viene confermata la previsione dell'art. 159, comma 4, d.P.R. n. 207/2010 per tale sospensione per ragioni di necessità o di pubblico interesse in ordine al superamento di un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o superiore a sei mesi complessivi, conferendo all'esecutore il diritto di chiedere la risoluzione del contratto senza indennità.

Alla richiesta di risoluzione consegue se la stazione appaltante si oppone, il diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti.

La norma dispone che nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi.

L'esclusione di ogni forma di indennizzo deve ritenersi limitata alle sospensioni legittime, cioè quelle disposte dal direttore lavori in via temporanea in presenza di circostanze speciali e quelle disposte dalla RUP per ragioni di necessità o di pubblico interesse, sempre che non superino il quarto della durata complessiva stabilita per l'esecuzione e comunque sei mesi complessivi. Superati tali termini temporali ovvero venute meno le circostanze speciali o ancora nelle ipotesi di sospensioni che ab origine si profilano illegittime, in quanto non rientranti nelle ipotesi eccezionali stabilite dall'art. 107, non vale alcuna deroga all'ordinario regime di responsabilità, per cui viene meno la limitazione disposta nell'ultimo periodo del comma 2.

In base agli orientamenti giurisprudenziali formatisi nel regime previgente di cui all'art. 159, comma 4 del d.P.R. n. 207 e 24, comma 4, D.M. n. 145/2000, l'opzione data all'appaltatore di chiedere lo scioglimento del contratto senza indennità in caso di sospensione dei lavori, ed il conseguente diritto al risarcimento dei danni solo nel caso in cui l'amministrazione si sia opposta a tale richiesta, si riferiscono esclusivamente all'ipotesi di sospensione disposta per ragioni di pubblico interesse o necessità e limitatamente, inoltre, al caso in cui il protrarsi della sospensione sia legittimo, in quanto correlato al perdurare di quelle ragioni. Tale disciplina, invece, non riguarda l'ipotesi di protrazione illegittima della sospensione, in quanto dovuta ad atto imputabile all'amministrazione committente. In tal caso torna applicabile la normativa codicistica sull'inadempimento delle obbligazioni, da cui deriva il diritto dell'appaltatore ad una congrua proroga del termine per l'ultimazione dell'opera ed al rimborso delle maggiori spese, nonché i rimedi di carattere generale della risoluzione del contratto e del risarcimento del danno(120).

Conseguentemente l'istanza è condizione di proponibilità della riserva solo ed esclusivamente nel caso in cui l'impresa si trovi dinanzi ad una sospensione che protragga i suoi effetti oltre il dovuto ma, deve trattarsi, inequivocabilmente ed, alla luce di quanto disposto dal codice, di sospensione legittima(121). Il comma 3 dell'art. 107 lega chiaramente la legittimità della sospensione al suo carattere temporaneo per il tempo strettamente necessario, configurando un obbligo in capo al RUP di disporre la ripresa appena cessate le cause della sospensione. L'art. 10 del decreto al comma 4 costruisce il ruolo del direttore dei lavori di supporto al RUP prescrivendo al primo, quale espressione della funzione di sorveglianza generale sull'andamento dei lavori, una costante verifica in ordine al permanere delle cause della sospensione affinché, non appena vengano a cessare possa comunicarlo al RUP che disporrà la ripresa dei lavori, indicando il nuovo termine contrattuale. Il comma 4 ripropone l'ipotesi di sospensione parziale già disciplinata dall'art. 158, comma 7 del regolamento 207, specificando che nell'ipotesi in cui sia possibile la prosecuzione anche solo di una parte dei lavori, l'esecutore è tenuto a realizzare i lavori eseguibili e la sospensione è parziale in quanto riguarda unicamente i lavori non eseguibili. Il comma 3 dell'art. 10, riproponendo la formulazione dell'art. 159, comma 7, d.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce le modalità di calcolo dei termini contrattuali suppletivi conseguenti al periodo di sospensione, confermando il previgente criterio di calcolo(122). Sia per la sospensione totale che per la sospensione parziale è necessario, entro cinque giorni dalla disposizione di ripresa effettuata dal RUP, come previsto dal comma 4 dell'art. 10, che si proceda alla redazione del verbale di ripresa con l'indicazione del nuovo termine contrattuale, che deve essere sottoscritto anche dall'appaltatore(123). L'art. 10 al comma 4 riprende altresì la previsione dell'art. 159, comma 3, confermando che nell'ipotesi in cui l'appaltatore ritenga cessate le cause che hanno determinato la sospensione temporanea e ciò nonostante non venga disposta la ripresa, vi è l'onere a suo carico di diffidare il RUP a dare le opportune disposizioni del direttore lavori che

provvede alla ripresa. Anche nel nuovo testo la diffida viene configurata quale condizione di ammissibilità della riserva, volta a far valere l'illegittima maggiore durata della sospensione e dunque procedibilità della domanda di risarcimento. È stabilito nell'art. 107 del codice, che le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori. Nel solo caso della sospensione l'onere della riserva risulta quindi disciplinato da fonte primaria, specificando la stessa norma che qualora l'esecutore non intervenga alla firma dei verbali o si rifiuti di sottoscriverli, deve farne espressa riserva sul registro di contabilità.

L'art. 10 comma 5 del decreto, in attuazione conferma la previsione del codice e stabilisce che le contestazioni dell'esecutore relative alla sospensione dei lavori devono essere scritte a pena di decadenza sia nel verbale di sospensione che nel verbale di ripresa, riproponendo la formulazione dell'art. 158, comma 8 del d.P.R. n. 207/2010.

Ovviamente è confermata la specificazione che l'onere di apposizione della riserva già nel verbale di sospensione vale unicamente per le sospensioni che nascono come illegittime ma non per le sospensioni legittime, che per il protrarsi della durata ovvero per il cessare delle cause legittime di sospensione, diventano illegittime. Per queste è sufficiente l'iscrizione della riserva nel verbale di ripresa lavori(124).

È imposto a carico del RUP in tutti i casi in cui la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo, ipotesi in cui la norma di fonte legale stessa qualifica il carattere patologico della protrazione, un dovere di informazione all'ANAC, presidiato dall'irrogazione di una sanzione amministrativa a carico della stazione appaltante.

La maggiore novità del sistema codice-decreto è data dalla circostanza che viene normata dal codice la sospensione legittima, mentre la sospensione illegittima, ovvero le conseguenze risarcitorie della sospensione illegittima, già disciplinate nell'art. 160 del d.P.R. 207 del 2010 e prima ancora nell'art. 25 del capitolato generale (D.M. n. 145 del 2000), risultano normate dal regolamento. Il comma 2 dell'art. 10 infatti determina le conseguenze risarcitorie indicando i danni risarcibili e l'ammontare degli stessi. Nonostante il carattere primario della fonte già il legislatore del codice ha ritenuto di contrattualizzare le l'ammontare risarcitorio, prevedendo l'art. 107 comma 6 che in caso di sospensioni totali o parziali dei lavori disposte dalla stazione appaltante per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4, l'esecutore può chiedere il risarcimento dei danni subiti, quantificato sulla base di quanto previsto dall'art. 1382 del codice civile, già richiamato dall'art. 160, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 e secondo criteri individuati nel decreto di cui all'art. 111, comma 1.

Il decreto quindi stabilisce in attuazione della norma primaria, una regola di redazione dei contratti imponendo all'amministrazione di inserire in essi una clausola penale

nella quale il risarcimento dovuto all'esecutore nel caso di sospensioni totali o parziali illegittime deve essere quantificato sulla base dei criteri stabiliti dalla norma regolamentare. Con l'applicazione della penale ex art. 1382 c.c. il risarcimento del danno è convenzionalmente limitato a quanto stabilito nella clausola ed è dovuto a prescindere dalla prova del danno(125). La tecnica del rinvio contrattuale per relationem è stata oggetto di elaborazione da parte della giurisprudenza proprio in materia di appalti pubblici. In particolare per i comuni ai quali non era applicabile il d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 (capitolato generale delle opere pubbliche) automaticamente ed ipso iure, come nel caso dello Stato e degli enti obbligativi per legge, veniva affermata comunque la possibilità di assunzione di efficacia obbligatoria, sotto il profilo negoziale, se richiamato per regolare il rapporto contrattuale. Conseguenza del rinvio è che viene assorbita la fonte normativa, per cui le norme di regolamento e di legge richiamate assumono la stessa natura e portata negoziale dell'atto che le richiama, perdendo qualsiasi collegamento con la fonte normativa di provenienza e conservando persino efficacia indipendentemente dalle successive modifiche della stessa(126).

Sotto il profilo sostanziale si ripropongono quindi le perplessità avanzate in dottrina in relazione già alla prima previsione, introdotta dall'art. 25, D.M. n. 145 del 2000, finalizzata a stabilire criteri di determinazione del danno risarcibile. In particolare valgono le perplessità sulla determinazione del danno relativo a macchinari e retribuzioni, che devono essere attestati con il verbale del direttore lavori di cui al primo comma dell'art. 10, ma anche attraverso prove documentali quali fatture di acquisto per il valore dei macchinari busta paga per l'entità degli stipendi, per cui non vi è una effettiva predeterminazione del danno risarcibile(127).

Il testo dell'art. 107, comma 6 nel prevedere il risarcimento dei danni subiti quantificato sulla base di quanto previsto dall'art. 1382 del codice civile e secondo criteri individuati dal decreto, supera la previsione dell'art. 160, comma 3, che comunque consentiva la possibilità di ammettere al risarcimento ulteriori voci di danno se documentate e strettamente connesse alla sospensione dei lavori. Ovviamente in virtù dell'operare del rinvio contrattuale è necessario che nel contratto non venga stabilita la risarcibilità del danno ulteriore.

Con il meccanismo della clausola penale quindi non sarebbe richiesta alcuna prova per il riconoscimento degli importi derivanti dall'applicazione dei criteri di determinazione del danno fissati dal decreto. In sostanza una volta accertata, in sede di verbale di sospensione e di visite periodiche, la presenza di quella manodopera e di quei macchinari, il relativo ammontare del danno non sarebbe contestabile. Il problema si sposta quindi sulla determinazione dell'entità e qualità di manodopera ed attrezzature che può essere oggetto di contestazione da parte dell'esecutore, costituendo la risoluzione della controversia sul punto presupposto per l'operatività del regime di predeterminazione del danno. Tale problema non si pone per le voci di

danno relative alle spese generali e al mancato utile in quanto determinabili con un semplice calcolo aritmetico. I criteri di risarcimento, stabiliti dalla norma regolamentare, in larga parte ripropongono quelli stabiliti all'art. 160, comma 2 del previgente regolamento.

Riguardo tali criteri di quantificazione, la lettera a) del comma 2, conferma il principio che alla maggior durata dei tempi contrattuali segue un proporzionale aumento delle spese generali, sussistendo una necessaria connessione tra durata contrattuale e spese generali sostenute dall'appaltatore(128). La previsione, con il riferimento all'importo contrattuale, chiarisce un principio già consolidato nella precedente elaborazione giurisprudenziale, che le spese generali si calcolano con riferimento all'originario impegno dell'esecutore, costituito dall'importo di contratto e dalla durata originaria dello stesso(129). Il fondamento del danno è dato infatti dalla circostanza che in presenza di un accertato prolungamento dei tempi contrattuali, le spese generali, che vengono remunerati nei prezzi di contratto, continuano ad essere sopportate, in quanto costituite da costi non comprimibili, direttamente collegati all'esistenza stessa di un cantiere; esse - ad esempio, gli stipendi degli impiegati, le spese generali di sede, le spese per la gestione amministrativa del personale di cantiere, direzione generale, - permangono e si incrementano con il progredire del tempo, costituendo - sia in caso di sospensione sia in generale di rallentamento - un costo non recuperato attraverso la produzione. Per tale motivo nel sistema previgente veniva ritenuto che il parametro di determinazione del relativo onere fosse automatico e non occorresse una prova particolare del danno conseguito perché, ai sensi dell'art. 2727 c.c. poteva ritenersi presuntivamente verificato un aumento delle spese generali(130). La noma regolamentare innovando rispetto al previgente art. 160, comma 2, lett. a), d.P.R. n. 207 del 2010, chiarisce il sistema di calcolo e riproduce il criterio di cui alla Circolare Min. LL.PP. 22 ottobre 1947, n. 15824 che distingueva tra spese generali fisse e spese generali variabili, per cui, prendendo in considerazione le seconde, sulla base della circolare si era consolidata una presunzione in virtù della quale si considerava risarcibile la sola quota di spese generali dipendente dal protrarsi della durata dei lavori, che, in linea con la circolare si assumeva pari ai due terzi della percentuale del 15%, criterio introdotto nella norma in commento.

Quindi anche nel sistema introdotto dall'art. 10, comma 2, lett. a), pur in assenza di uno specifico richiamo deve farsi riferimento ai prezzi contrattuali. In base all'art. 32, tuttora vigente e richiamato dall'art. 160, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, i prezzi contrattuali comprendono una percentuale variabile tra il tredici e diciassette per cento, a seconda della importanza, della natura, della durata e di particolari esigenze dei singoli lavori, per spese generali ed un percentuale del dieci per cento per utile dell'esecutore. L'art. 10, comma 2, lett. a) individua nel quindici la percentuale rilevante per le spese generali e nel dieci per l'utile, per cui prese a base del calcolo tali percentuali si determina la quota giornaliera delle spese ricavandole dal prezzo di contratto depurato delle predette quote per utile di impresa e spese generali comprese

nel prezzo stesso (al fine di non calcolarle due volte), che viene diviso per il n. dei giorni contrattualmente previsti per la durata del lavoro e moltiplicato per il n. di giorni di sospensione. L'ultimo comma dell'art. 10 sancisce la responsabilità del direttore lavori per ipotesi di sospensioni illegittime dallo stesso ordinate per circostanze non previste dall'art. 107 del codice. L'ANAC, nella Relazione illustrativa della proposta di regolamento del 15 dicembre 2016, con riferimento alle indicazioni espresse dal Consiglio di Stato nel parere n. 02282/2016 del 3 novembre 2016 reso sullo schema di D.M., in ordine alla richiesta di eliminazione della previsione motivata dalla asserita incompatibilità con la norma (art. 107, comma 6, del codice) che prevede che sia la stazione appaltante (e non il direttore dei lavori) a rispondere nei confronti dell'esecutore delle sospensioni illegittime, ha chiarito che si tratta della responsabilità del direttore dei lavori nei confronti della stazione appaltante (e non nei confronti dell'operatore economico, che potrà agire esclusivamente nei confronti della stazione appaltante).

Controllo amministrativo e contabile

Il controllo tecnico è l'attività propria del direttore lavori, e si sostanzia nella costante vigilanza sull'operato dell'appaltatore affinché materiali, componenti ed impianti utilizzati siano rispondenti a quelli stabiliti in contratto. In questo caso la vigilanza è preventiva e può attuarsi con strumenti vari, quali verifiche a campione accertamenti presso il fornitore o gli stabilimenti di montaggio e assemblaggio, e successiva, mediante interventi in corso di esecuzione, per l'eliminazione di parti di opere mal eseguite, ordinando i conseguenti rifacimenti, al fine di ottenere il corretto adempimento in forma specifica.

Il controllo contabile è consequenziale al primo e si traduce nella diretta responsabilità circa la corretta tenuta della contabilità al fine della piena corrispondenza di quanto contabilizzato a quanto eseguito, una volta assicurato il corretto adempimento e, dunque, la rispondenza di quanto eseguito alle buone regole dell'arte ed al progetto in senso ampio, comprensivo di tutte le prestazioni contrattualmente convenute.

Il controllo amministrativo, in considerazione della disciplina dei compiti della direzione lavori valutata nella sua struttura costituita dalle norme del codice come integrate da quelle del decreto in commento, è espressione del generale potere di vigilanza e si traduce in un potere prescrittivo che trae origine dalla fondamentale funzione di rappresentanza tecnica del committente.

Gli artt. da 13 e 15 ripropongono gran parte delle previsioni di cui agli artt. da 180 a 202 del d.P.R. n. 207/2010 a loro volta riproduttivi degli artt. da 155 a 175 del d.P.R. n. 554 del 1999.

L'art. 13 si apre con una significativa affermazione di principio che lega il controllo amministrativo e contabile al controllo della spesa, confermando la natura di atti

pubblici dei documenti contabili in quanto atti con i quali si realizzano l'accertamento e la registrazione dei fatti producenti spesa. La qualità di atto pubblico (art. 2699 c.c.) è conferita a tutti i documenti contabili non solo quelli materialmente redatti dal direttore dei lavori, ma anche quelli quali il giornale dei lavori e i libretti delle misure che, pur essendo di regola compilati dagli assistenti del direttore dei lavori, devono essere da questo sottoscritti con conseguente assunzione diretta di responsabilità.

L'art. 14 non presenta rilevanti novità rispetto all'elencazione dei documenti contabili di cui all'art. 181 del previgente regolamento e prima ancora all'art. 156 del d.P.R. n. 554 del 1999, in quanto comprende tra i documenti contabili:

a) il giornale dei lavori;

b) i libretti di misura delle lavorazioni e delle provviste;

c) il registro di contabilità;

d) gli stati d'avanzamento dei lavori;

e) il conto finale e la relativa relazione rispetto l'elencazione dell'art. 181 quella della norma in commento non contiene le liste settimanali, che però vanno considerate egualmente documenti contabili e sono richiamate nel comma 3. Le liste, utilizzate per lo più per i lavori in economia, contengono la specificazione delle lavorazioni eseguite, con il nominativo, qualifica e numero di ore degli operai impiegati per ogni giorno della settimana, nonché tipo ed ore quotidiane di impiego dei mezzi d'opera forniti ed elenco delle provviste eventualmente fornite, documentate dalle rispettive fatture quietanzate. Parimenti deve essere riconosciuta natura di documento contabile al sommario del registro di contabilità che il comma 2 configura quale atto accessorio del registro. I certificati di pagamento, come già previsto dall'art. 141, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, sono emessi in base all'art. 14, comma 1, lett. d) dal RUP, previa verifica della regolarità contributiva dell'esecutore, che invia il certificato di pagamento alla stazione appaltante per l'emissione del mandato di pagamento; nel certificato di pagamento, manca la qualità dell'accertamento e registrazione di fatti producenti spesa, che risale al registro di contabilità, in cui in base alla previsione in commento il certificato di pagamento deve essere annotato, ed allo stato di avanzamento che è alla base del certificato di pagamento, per cui non dovrebbe essere considerato documento contabile anche se riveste comunque natura di atto pubblico per la provenienza dal RUP.

a) Il giornale dei lavori

L'articolazione documenti contabili inizia dal giornale lavori, che solitamente è tenuto dai direttori operativi o dagli ispettori di cantiere ed è finalizzato a fornire una rappresentazione storica dell'andamento del rapporto contrattuale, con l'annotazione ogni giorno dei fatti salienti sulla progressione dei lavori, la qualifica e il numero della manodopera presente in cantiere e l'attrezzatura impiegata per l'esecuzione dei lavori,

l'elenco di provviste, macchinari e materiali, documentate dalle fatture quietanzate ed in generale ogni circostanza o avvenimento che possa influire sull'andamento dei lavori, ivi comprese le osservazioni metereologiche le indicazioni sulla natura dei terreni le particolarità che possono essere utili. Questi elementi rivestono particolare rilevanza nell'ipotesi di controversie tra amministrazione e appaltatore, determinate da sospensione e rallentamenti dei lavori imputabile all'amministrazione, in quanto forniscono appunto una rappresentazione della manodopera e delle attrezzature, ai fini della valutazione della mancata o ridotta utilizzazione che costituisce fonte di danno per l'appaltatore, consistente nelle retribuzioni improduttivamente corrisposte e nel mancato ammortamento delle attrezzature(131).

b) I libretti delle misure

I libretti delle misure sono i documenti in cui viene registrata la misurazione e la classificazione delle lavorazioni man mano che si procede nell'esecuzione dei lavori. La corretta tenuta del libretto delle misure presuppone quindi la misurazione in contraddittorio, tra l'ufficio del direttore lavori e l'esecutore. Il libretto delle misure assolve quindi la sua funzione propria negli appalti a misura(132), in cui la misurazione deve essere geometrica fondata sulle effettive quantità. La previsione in commento costituisce una sintesi delle previsioni di cui agli artt. 183, 184,185 e 186 del d.P.R. n. 207 del 2010 dedicati alla misurazione e non ripropone la formulazione dell'art. 185, comma 2, ma la finalità della norma presuppone che in caso di rifiuto dell'esecutore di presenziare alle misure o di firmare i libretti delle misure o i brogliacci, il direttore dei lavori procede alle misure in presenza di due testimoni, i quali devono firmare i libretti o brogliacci suddetti.

Per le lavorazioni e le somministrazioni che per la loro natura si giustificano mediante fattura la verifica è effettuata per accertare la loro corrispondenza ai preventivi precedentemente accettati e allo stato di fatto.

La misurazione dei lavori a corpo segue un criterio diverso, che ripropone la formulazione dell'art. 184 del d.P.R. n. 207 del 2010.

La norma sancisce che negli appalti a corpo il libretto delle misure viene compilato in occasione di ogni stato di avanzamento, cioè quando la progressione del lavoro raggiunge l'importo contrattualmente stabilito per il pagamento dell'acconto.

Il regolamento non ripete la previsione dell'art. 43 del d.P.R. n. 207 del 2010 che, costituisce il presupposto logico della norma sulla contabilità, per cui comunque va tenuta presente ed inserita nei capitolati da parte dell'amministrazione. Il capitolato innanzitutto stabilisce qual è l'importo minimo di lavorazioni che deve essere raggiunto perché sorga il diritto dell'appaltatore al pagamento dell'acconto.

La predetta norma stabilisce che per il corrispettivo a corpo, vengono accorpate in gruppi categorie di lavori ritenute omogenee (per esempio scavi, fondazioni etc....)

indicando per ogni gruppo il relativo importo e la sua aliquota percentuale riferita all'ammontare complessivo dell'intervento, importi e correlate aliquote (per esempio 10% scavi, 20% fondazioni etc. ...) che sono dedotti dal progetto esecutivo e dal computo metrico estimativo. La norma contemplava anche la possibilità di disaggregazione dei gruppi di lavorazioni (per esempio tipologie di scavo a mano, con mezzo meccanico etc. ...) sempre con i relativi importi ed aliquote. Poiché nell'appalto a corpo non si eseguono le misurazioni, compete al direttore lavori valutare la progressione di ciascun gruppo di lavorazioni, e proiettarla in percentuale rispetto alle aliquote di importo dei vari gruppi, affinché possa essere ritenuto raggiunto l'importo necessario per il pagamento. Per tale motivo la previsione in commento mantiene quella di cui all'art. 184, comma 3, d.P.R. n. 207 2010 e stabilisce che "le progressive quote percentuali delle voci disaggregate eseguite delle varie categorie di lavorazioni sono desunte da valutazioni autonomamente effettuate dal direttore dei lavori, il quale può controllarne l'ordine di grandezza attraverso un riscontro nel computo metrico estimativo dal quale le aliquote sono state dedotte", aggiungendo che in ausilio alla valutazione "I libretti delle misure possono altresì contenere le figure quotate delle lavorazioni eseguite, i profili e i piani quotati raffiguranti lo stato delle cose prima e dopo le lavorazioni, oltre alle memorie esplicative al fine di dimostrare chiaramente ed esattamente, nelle sue varie parti, la forma e il modo di esecuzione". Il computo metrico nell'appalto a corpo non costituisce documento contrattuale, per cui viene richiamato solo ai fini di strumento di supporto per le valutazioni del direttore lavori. L'autonomia delle valutazioni è riferibile unicamente ai criteri tecnici scelti dal direttore lavori per giungere alla quantificazione ovvero alla percentualizzazione. È del tutto evidente che in ogni caso deve trattarsi di criteri obiettivi che non incidono sui diritti dell'appaltatore che può contestare i criteri addotti dal direttore lavori scrivendo specifiche riserve che contestino la erroneità di dette valutazioni ed il conseguente ritardo nell'emissione dello stato di avanzamento(133) che determina il diritto ad ottenere interessi.

c) Il registro di contabilità

Il registro di contabilità è il documento fondamentale di raccolta, organizzazione e sintesi dei dati derivanti dai precedenti documenti contabili, in quanto contiene le trascrizioni delle annotazioni presenti nei libretti delle misure, quindi della quantità delle lavorazioni applicando a ciascuna quantità, che quindi deve essere corrispondente a quelle eseguite e registrate nel libretto, i corrispondenti prezzi contrattuali, così da determinare l'avanzamento dei lavori sia sotto il profilo delle quantità che sotto quello del corrispettivo. Nel registro di contabilità l'annotazione delle partite è effettuata in ordine cronologico indicando in apposita sezione (colonna) per ogni stato di avanzamento la quantità di ogni lavorazione eseguita con i relativi importi, per consentire una verifica della rispondenza all'ammontare complessivo dell'avanzamento dei lavori. Nell'appalto a corpo le quote percentuali di ogni gruppo di categorie di lavorazioni annotate sul libretto delle misure in occasione dello stato

di avanzamento vengono riportate sul registro di contabilità e completate con l'indicazione della quota parte dei prezzi corrispondenti. La norma stabilisce che il registro è sottoposto all'esecutore per la sua sottoscrizione in occasione di ogni stato di avanzamento, chiarendo, quindi, la generica e non del tutto chiara indicazione dell'art. 190 del previgente regolamento (e prima ancora dell'art. 165 del d.P.R. n. 554/1999), in cui veniva stabilito che "il registro di contabilità è firmato dall'esecutore con o senza riserve, nel giorno in cui gli viene presentato", senza specificare che in realtà la presentazione avviene non in qualunque momento, ma in occasione della maturazione dello stato di avanzamento, dal quale sorge il diritto dell'appaltatore al pagamento. Pertanto mentre con la previgente formulazione il direttore lavori avrebbe potuto sottoporre all'appaltatore il registro di contabilità per la firma anche prima della maturazione di uno stato di avanzamento, l'attuale formulazione sancisce espressamente il momento in cui il registro deve essere sottoposto all'esecutore per la firma, eliminando ogni discrezionalità del direttore lavori.

La conseguenza ovviamente non è di poco conto in relazione al regime delle riserve.

La prima parte della disposizione stabilisce infatti che il registro di contabilità contiene oltre alle trascrizioni delle annotazioni contabili, le domande che l'esecutore ritiene di fare e le motivate deduzioni del direttore dei lavori, quindi mantiene l'onere della riserva. Una volta appurato che dalle risultanze della misurazione delle lavorazioni riportate nel registro di contabilità ovvero nel sommario, l'appaltatore ha raggiunto l'importo contrattualmente stabilito per il pagamento della rata d'acconto, il direttore lavori deve emettere lo stato di avanzamento lavori (SAL) che riassume tutte le lavorazioni e tutte le somministrazioni seguite dal principio dell'appalto sino al momento dell'emissione. Quindi deve essere rilasciato nei termini e nelle modalità indicate dalla documentazione di gara e nel contratto di appalto, che può stabilire l'emissione dello stato di avanzamento al raggiungimento di un determinato importo, come avviene nella maggior parte dei casi, ovvero a scadenza temporale, a prescindere dal raggiungimento di un determinato importo. Lo stato d'avanzamento deve precisare il corrispettivo maturato, gli acconti già corrisposti e conseguentemente l'ammontare dell'acconto da corrispondere per differenza. La norma stabilisce che il direttore dei lavori trasmette, immediatamente, lo stato di avanzamento al RUP per l'emissione del certificato di pagamento. La portata della previsione è ben più ampia di quanto potrebbe desumersi del suo tenore, in quanto sintetizza il procedimento che inizia dalla contabilizzazione e scaturisce nell'emissione dello stato finale, e trova la sua sintesi nell'obbligo di procedere "immediatamente". Pertanto non appena viene raggiunto l'importo stabilito nel capitolato ai fini della contabilizzazione, il direttore lavori, sulla base delle annotazioni nel libretto delle misure deve compilare "immediatamente" il registro di contabilità e contestualmente il SAL che da esso si ricava. Infatti in base all'art. 113 bis del codice, il certificato di pagamento è emesso nel termine di trenta giorni decorrenti dall'adozione di ogni stato di avanzamento dei

lavori, salvo che sia diversamente ed espressamente concordato dalle parti e previsto nella documentazione di gara e "purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore". Per ciò che concerne il ritardo nei pagamenti già con il D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192, il campo operativo della disciplina originaria sui "ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali", contenuta nel D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, è stato ampliato sino a ricomprendere anche gli appalti dei lavori disciplinati dal codice dei contratti pubblici ex D.Lgs. n. 163/2006, e quindi il sistema generale dei pagamenti e gli interessi da ritardato pagamento previsti dal codice stesso e dal relativo regolamento di attuazione(134).

La nuova regolamentazione, anche relativamente agli appalti dei lavori, si applica, dunque, ai contratti stipulati dal 1° gennaio 2013, secondo quanto prescritto dall'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 192/2012. L'ANAC nella prima Relazione illustrativa - "Il Direttore dei Lavori: modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto", ha confermato l'impostazione delle Linee guida n. 3 relative al RUP(135), specificando che in accoglimento delle indicazioni fornite dalla Commissione Europea con la nota prot. n. 94597 del 15 giugno 2016, è stata richiamata la disciplina del D.Lgs. n. 231/2002 sui ritardi nei pagamenti della p.a. e sono stati previsti termini di pagamento conformi alla stessa.

In questo contesto va interpretato lo scarno richiamo al D.Lgs. n. 231, contenuto nel comma 2 dell'art. 13 del decreto, che rimette alla discrezionalità dell'amministrazione stabilire nella documentazione di gara e nel contratto di appalto, la disciplina dei termini e delle modalità di pagamento, ma solo se più favorevole per l'esecutore rispetto alle prescrizioni del D.Lgs. n. 231.

Il comma 2 dell'art. 14 configura il sommario del registro di contabilità come documento facoltativo accessorio al registro. Il sommario nel caso di lavori a misura in relazione a ciascuno stato di avanzamento riporta ciascuna partita e la classifica secondo il rispettivo articolo di elenco, ovvero di perizia, mentre nei lavori a corpo viene indicata l'aliquota complessiva di ogni categoria raggiunta fino a quel momento. Pertanto mentre con il registro di contabilità si ha una rappresentazione parziale delle quantità contabilizzate, cioè le quantità di lavorazioni tra lo stato di avanzamento precedente e quello al quale si riferisce il registro, nel sommario si ha una rappresentazione generale in occasione di ogni stato di avanzamento delle quantità di tutte le lavorazioni eseguite dall'inizio dei lavori.

Per lavori in economia si intendono quei lavori relativi all'opera appaltata ma non compresi nel contratto che si rendono necessari durante l'esecuzione. Il principio generale consolidatosi tradizionalmente è che l'amministrazione può farli eseguire da altri e non è obbligata ad affidarli all'appaltatore dell'opera, tuttavia si riserva la facoltà di richiedere l'esecuzione all'appaltatore, che è obbligato procedervi in base ai prezzi fissati in contratto. Con i lavori in economia si crea un rapporto accessorio rispetto a

quello dell'appalto, strutturato nel senso che l'amministrazione provvede direttamente all'esecuzione delle predette categorie di lavoro, ma con manodopera, materiali e mezzi dell'appaltatore, sulla base di compensi solitamente previsti nel capitolato soggetti a ribasso d'asta(136). La particolarità dei lavori in economia è che viene meno la configurazione dell'obbligo di risultato in capo all'appaltatore che è obbligato a fornire certe prestazioni mentre la manodopera e l'organizzazione dipende dall'amministrazione(137). Proprio per le modalità con cui vengono stabiliti i lavori in economia è pacifico che deve trattarsi di lavori di lieve entità a carattere puramente complementare o accessorio o secondario rispetto all'oggetto del contratto al quali si collegano(138). Un'interpretazione estensiva determinerebbe l'elusione della disciplina delle varianti e la possibilità di utilizzo dei lavori in economia, quale strumento per porre rimedio a carenze progettuali introducendo categorie e tipologie di lavori non previste ovvero quantità tali da rivelare carenze progettuali.

Per tale ragione era prevista una contabilità separata per i lavori in economia e l'art. 51 del R.D. n. 350 del 1895 stabiliva che le giornate di operai, di noli e di mezzi d'opera, nonché le provviste somministrate dall'appaltatore in economia in virtù del contratto dovevano essere annotate dall'assistente incaricato su "un libretto di tasca" per poi essere iscritte in una lista settimanale(139). L'art. 14, comma 3 del decreto in commento, come l'art. 187 del d.P.R. n. 207 del 2010 prim'ancora l'art. 162 del d.P.R. n. 554 del 1999, ripropone il dettato della previsione del XIX secolo, pregevole esempio di tecnica normativa ormai desueta. Tuttavia nel previgente sistema le liste in economia costituivano l'espressione contabile di un istituto appunto quello dei lavori in economia espressamente contemplato da una norma (art. 179 del d.P.R. n. 207 e 153 del d.P.R. n. 554 del 1999). Nel decreto non sono state riportate le previsioni degli artt. da 203 a 210 del previgente regolamento sulla contabilità dei lavori in economia, comprendenti l'amministrazione diretta, il cottimo fiduciario ed appunto il sistema di esecuzione di categorie di lavoro non previste nel contratto, che peraltro già costituivano eccezione espressamente contemplata dal riferimento ai lavori eseguiti in economia nell'art. 53, comma 1 del previgente codice, alla regola generale per cui i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto di concessione(140). Nel codice vigente l'unico riferimento ai lavori in economia è quello stabilito dall'art. 159 relativo ai lavori in economia che vengono eseguiti a mezzo delle truppe e dei reparti del Genio militare. Il decreto quindi non prevede, né poteva farlo, in considerazione della natura di fonte secondaria, l'istituto dei lavori in economia e tuttavia comprende ancora le liste settimanali con l'unica differenza che viene cancellato il riferimento ai lavori in economia. Pertanto non si comprende il senso del richiamo ed è dubbia la legittimità di prevedere, in assenza di un preciso riferimento normativo, una tale possibilità nel contratto tenuto conto della interferenza con la disciplina delle varianti, e della impossibilità da parte del direttore lavori di intervenire sul quadro economico senza autorizzazione della stazione appaltante(141).

e) il conto finale dei lavori

Il conto finale dei lavori è parimenti un documento fondamentale in quanto chiude e rende definitiva la contabilità, quanto meno da parte del direttore lavori, salve le correzioni in sede di collaudo. A seguito dell'ultimazione lavori viene chiuso il registro di contabilità e si procede alla redazione del conto finale che appunto contiene la liquidazione finale del complessivo credito dell'appaltatore. Tale liquidazione viene effettuata mediante la redazione del conto finale, è soggetta al controllo del collaudatore ed acquista valore definitivo e vincolante per l'amministrazione solo con l'approvazione. Il conto finale viene compilato dal direttore lavori nel termine stabilito nel capitolato e viene trasmesso al RUP unitamente agli atti fondamentali, richiamati al successivo comma 5, che danno la rappresentazione dell'andamento dell'appalto(142). Il conto finale deve essere sottoscritto dall'esecutore anche con riserva, che tuttavia, confermando il sistema previgente di cui all'art. 200 del d.P.R. n. 207 del 2010, non può presentare elementi di novità rispetto alle riserve già iscritte e, quindi, non può presentare domande per oggetto o per importo diverse da quelle formulate nel registro di contabilità durante lo svolgimento dei lavori. A tale preclusione si aggiunge comunque l'ulteriore onere, nell'ipotesi in cui i precedenti registri di contabilità siano stati firmati con riserva, di confermare le riserve già iscritte negli atti contabili. Le conseguenze della mancata sottoscrizione con riserva nel termine assegnato, che non può essere superiore a 30 giorni, o della sottoscrizione senza confermare le riserve già formulate nel registro di contabilità, sono quelle consuete di definitiva accettazione del conto finale, quindi di decadenza dalle riserve già formulate. Dopo la sottoscrizione oppure dopo la scadenza del termine assegnato per la sottoscrizione, il RUP entro i successivi 60 giorni, redige la sua relazione finale riservata nella quale esprime parere motivato sulla fondatezza o meno delle riserve per le quali non siano intervenute la transazione l'accordo bonario. Nel silenzio della norma deve comunque mantenersi ferma la possibilità per l'appaltatore di iscrivere nel conto finale quelle riserve che si riferiscono a fatti nuovi risultanti dal conto finale stesso o comunque intervenuti dopo la chiusura del registro di contabilità(143). La sottoscrizione del conto finale con riserva rappresenta quindi l'ultimo sbarramento per l'appaltatore per evitare il consolidamento della progressiva acquisizione del carattere di definitività e vincolatività nei suoi confronti della contabilità, che consegue alla sottoscrizione dei registri di contabilità e viene evitata con la riserva. Invece nei confronti dell'amministrazione, pur rappresentando l'ultimo atto contabile redatto dal direttore lavori non si ha tale effetto in quanto l'amministrazione comunque conserva il diritto di rivedere, rettificare e correggere la contabilità fino al collaudo(144). Infatti il controllo contabile assume anche la funzione di strumento di vigilanza in quanto, l'inadempimento accertato successivamente, può determinare anche detrazioni sulla contabilità, in continuità con il carattere provvisorio della contabilità risultante nel sistema previgente dal combinato disposto degli artt. 141, 180, 181, 188, 189 e 194 del d.P.R. n. 207 del 2010(145). Dal combinato disposto della

norma in commento con l'art. 113 bis del codice, risulta confermata la natura di acconto del pagamento effettuato all'appaltatore, espressione del principio della post-numerazione del corrispettivo. In applicazione di tale principio il pagamento di acconti in corso d'opera, non è mai definitivo e non importa accettazione dei lavori eseguiti, ma costituisce una semplice anticipazione che non determina alcuna preclusione per l'amministrazione(146).

Art. 12 - Funzioni e compiti al termine dei lavori

L'art. 12 regola le funzioni dei compiti del direttore lavori al termine dei lavori, per cui, per esigenze di omogeneità appare opportuna la trattazione in continuità con la contabilità, nonostante la diversa collocazione del regolamento. Il conto finale, come espressamente stabilito dall'art. 14, viene redatto dopo l'ultimazione dei lavori che in base all'art. 12 viene effettuata dal direttore dei lavori in contraddittorio con l'esecutore, e sfocia nella elaborazione "tempestivamente", quindi in tempi brevi rispetto la comunicazione dell'esecutore di ultimazione del certificato di ultimazione dei lavori. Il certificato di ultimazione lavori ha una funzione fondamentale ai fini della determinazione del momento di conclusione dei lavori e quindi per l'eventuale applicazione delle penali. Questo implica che nell'ipotesi in cui insorgano contestazioni circa l'epoca dell'ultimazione, ovvero l'effettiva ultimazione, nel senso che vi sia contrasto sull'avvenuta o meno ultimazione delle opere, nonostante la mancanza di specifica previsione in proposito che invece si riscontra nell'art. 14, anche in questo caso l'esecutore è gravato dall'onere di sottoscrizione con riserva, per evitare le conseguenze della decadenza. La norma riprende le previsioni dell'art. 199 del d.P.R. n. 207 del 2010, e stabilisce che comunque, anche in assenza di comunicazione dell'esecutore circa l'ultimazione dei lavori, proprio in virtù delle conseguenze che si riconnettono alla data di ultimazione, alla data di scadenza prevista dal contratto il direttore dei lavori redige in contraddittorio con l'esecutore un verbale di constatazione sullo stato dei lavori, che pertanto deve essere sottoscritto con riserva in caso di contestazione.

L'art. 12 conferma la possibilità dell'assegnazione di un termine perentorio, non superiore a sessanta giorni, per il completamento di lavorazioni di piccola entità, accertate da parte del direttore dei lavori come del tutto marginali e non incidenti sull'uso e sulla funzionalità dei lavori. Appare eccessivo che la norma, innovando il previgente sistema, subordini tale possibilità ad un'espressa previsione sia nel bando sia nei documenti contrattuali. Il mancato rispetto di questo termine comporta l'inefficacia del certificato di ultimazione e la necessità di redazione di nuovo certificato che accerti l'avvenuto completamente delle lavorazioni.

(1) Corte conti, Sez. giur. Reg. Sicilia 8 maggio 2002, n. 73, in Arch. giur. oo. pp., 2002, 918; Corte conti, Sez. giur. Reg., Lazio, 24 maggio 2007, n. 778, in Riv. Corte

conti, 2007, 3, 174; Corte conti, Sez. giur. Reg. Molise, 11 febbraio 2002, n. 34, in Arch. giur. oo. pp., 2002, 1663; Corte conti, Sez. giur. Reg. Sicilia, 23 giugno 2003, n. 104/A, ivi, 2003, 1504; Corte conti, Sez. giur. Reg. Lombardia, 14 ottobre 2003, n. 1136, in Riv. Corte conti, 2003, 5, 91; Corte conti, Sez. giur. Reg. Puglia, 27 gennaio 2005, n. 72, ivi, 2005 in fasc. 1, 229; Corte conti, Sez. giur. Reg. Veneto, 27 giugno 2001, n. 1141, ivi, 2001, 3, 173. In dottrina sulla responsabilità contabile del direttore dei lavori nell'appalto pubblico, G. Musolino, Appalto pubblico. La progettazione e la direzione dei lavori alla luce della giurisprudenza della corte dei conti, in Riv. trim. app., 2013, 5 ss.; M. Riaro Sforza, La responsabilità del direttore dei lavori di un'opera pubblica soggiace alla giurisdizione della Corte dei Conti, in P.Q.M., 2009, 3, 75; A. Moroli, Il direttore dei lavori, con l'entrata in vigore delle nuove regole in materia di appalti di opere pubbliche, è ancora responsabile per il danno erariale da progetto inattendibile?, in Riv. trim app., 2005, 507.

(2) D.M. 2 dicembre 2016, n. 263 pubblicato nella GURI Serie Generale 13 febbraio 2017, n. 36, entrato in vigore, con ritardo, il 28 febbraio 2017.

(3) L'art. 130 del D.Lgs. n. 163/2006 prevedeva che "Qualora le amministrazioni aggiudicatrici non possano espletare, nei casi di cui all'articolo 90, comma 6, l'attività di direzione dei lavori, essa è affidata nell'ordine ai seguenti soggetti:

a) altre amministrazioni pubbliche, previa apposita intesa o convenzione di cui all'articolo 30 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267;

b) il progettista incaricato ai sensi dell'articolo 90, comma 6;

c) altri soggetti scelti con le procedure previste dal presente codice per l'affidamento degli incarichi di progettazione.".

Tuttavia l'art. 91 comma 6, limitava l'affidamento diretto della direzione dei lavori al progettista, nel caso in cui il valore delle attività di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione superasse complessivamente la soglia di applicazione della direttiva comunitaria in materia, soltanto ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione.

(4) Sull'art. 16 della L. n. 109 del 1994 cfr. A. Sciumè - D. Tassan Mazzocco in Tassan Mazzocco - Angeletti - Bombelli - Guffanti - Manzi - Perulli - Robaldo - Sciumè - Zoppolato, Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater), Milano, 2003, 316; sulla centralità del progetto, M. Mauro, L. Petrangeli Papini, in L. Giampaolino - M.A. Sandulli - G. Stancanelli (a cura di), Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni ter", Milano, 1999, 181 ss.

(5) L'Autorità con la determinazione n. 4 del 31 gennaio 2001 (ribadita dalla Deliberazione n. 106 del 13 dicembre 2006; Deliberazione n. 24 del 11 aprile 2006; Deliberazione n. 10 (R-874-03) del 21 gennaio 2004), richiamando sul punto della

necessità che il progetto debba comprendere tutti gli aspetti necessari per la realizzazione dell'opera, un consolidato orientamento della S.C. anche nel regime previgente la L. n. 109 (Cass. 3 novembre 1981, n. 5786; Cass. 2 febbraio1980, n. 736; Cass. 2 aprile 1977, n. 1245; Cass. 5 settembre 1970, n. 1225), in particolare ha precisato che l'art. 35 del regolamento n. 554/99 definisce il progetto esecutivo come "la ingegnerizzazione di tutte le lavorazioni", con la conseguenza che esso costituisce uno strumento operativo direttamente utilizzabile in cantiere per l'esecuzione dei lavori, per cui non sarebbe "ammissibile prevedere a carico dell'impresa la possibile modifica del progetto ovvero l'assunzione della piena responsabilità tecnica dell'esecuzione quale che sia la effettività esecutiva del progetto". In sostanza, dal sistema normativo così come interpretato dalla Autorità di Vigilanza e dalla giurisprudenza, risulta che l'Impresa non può assumersi alcuna responsabilità circa la corretta redazione del progetto esecutivo, in quanto compete alla stazione appaltante, ai sensi degli artt. 93, D.Lgs. n. 163 del 2006 (ex art. 16, L. n. 109 del 1994) e 35 ss. d.P.R. n. 554 del 1999 fornire tutti gli elaborati necessari all'esecuzione delle opere, completi di tutti i particolari costruttivi ed atti ad illustrare le modalità esecutive di dettaglio. Anche prima dell'entrata in vigore della L. n. 109 del 1994, per giurisprudenza consolidata, risultava ineludibile "il principio della necessità dell'esistenza ... di un progetto esecutivo predisposto dall'Amministrazione in modo completo e dettagliato; in ogni caso la normazione stessa non consente di affidare all'appaltatore il completamento o l'integrazione di un progetto impreciso e lacunoso, bensì nei soli casi specificamente previsti (appalto-concorso), la possibilità di ottenere la collaborazione delle Imprese partecipanti attraverso la facoltà di presentare varianti al progetto già predisposto" (Corte dei Conti, Sez. Contr. Stato, 20 giugno 1985, n. 1565, in Riv. trim. appalti, 1987, 807, con nota di P.M. Piacentini; conformemente, Corte dei Conti, Sez. Contr. Stato, 15 gennaio 1991, n. 6, in Riv. Corte Conti, 1991, 4, 137, ove è stato precisato che "In materia di contratti di appalto di opere pubbliche, dalla necessità della precisa determinazione della progettazione esecutiva, quale immagine riflessa dell'opera da realizzare e componente di riferimento del capitolato speciale (a sua volta parte integrante del contratto, ai sensi degli artt. 323 e 330, L. n. 2248/1865 all. F) consegue la necessità dell'esistenza del progetto esecutivo, completo e dettagliato, sin dal momento della indizione della gara d'appalto o, quanto meno alla consegna dei lavori, non essendo legittimamente ammissibile affidare all'Impresa aggiudicataria, in corso d'opera, il completamento o l'integrazione del medesimo progetto esecutivo" (cfr., altresì, Corte dei Conti, Sez. Contr. Stato, 21 novembre 1991, n. 107, in Riv. corte conti, 1992, 1, 11). Cfr. pure Cass., Sez. I, 31 maggio 2012, n. 8779: "Nei contratti di appalto di opere pubbliche, la funzione di progettazione dell'opera, in ragione della realizzazione delle finalità squisitamente pubblicistiche cui mira (art. 16, comma 1), è attribuito, in linea di principio, all'amministrazione o all'ente aggiudicatore dell'appalto (art. 17, comma 1) e solo eccezionalmente a soggetti a questi esterni, in presenza di specifiche condizioni di cui al medesimo art. 17, comma 5; in secondo luogo, che è regola generale che

l'affidamento dei lavori deve avvenire sulla base del progetto esecutivo (art. 19, comma 1, lett. a); in terzo luogo che i 'calcoli esecutivi delle strutture', quali elementi costitutivi del progetto esecutivo (art. 16, comma 5), competono anch'essi, di regola, all'amministrazione o all'ente aggiudicatore dell'appalto. A quest'ultimo riguardo, inoltre, deve essere sottolineato che il progetto esecutivo di un'opera pubblica - inteso come quello immediatamente cantierabile, cioè concernente un'opera che non necessita di ulteriori specificazioni per essere realizzato, in quanto contenente la puntuale e dettagliata descrizione e rappresentazione dell'opera stessa - è, in ragione di tali caratteristiche, determinante per individuare esattamente lo stesso oggetto dell'appalto". Conf. Coll. Arb. 31 marzo 2010, n. 47, in Arch. giur. oo. pp., 2010, 891: "in virtù del generale obbligo di cooperazione, operante sin dagli studi preliminari e dalla progettazione, il Committente deve fornire all'appaltatore un progetto effettivamente esecutivo, privo di difetti e concretamente realizzabile, senza necessità di massima di essere modificato..."; Coll. Arb. 28 marzo 2012, in www.appaltiecontratti.it; Cass., Sez. I, 12 agosto 2010, n. 18644.

(6) Il secondo periodo del comma 1 dell'art. 157 contiene l'unica previsione di legge che rimanda all'ormai venuto meno affidamento diretto della direzione lavori al progettista, laddove lo consente in via eccezionale (così Cons. Stato parere 1767/2016) riproponendo la formulazione di cui all'art. 91, comma 6, D.Lgs. n. 163 del 2006 "nel caso in cui il valore delle attività di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione sia pari o superiore complessivamente la soglia di cui all'articolo 35" e comunque solo "per particolari e motivate ragioni e ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione".

(7) In dottrina R. Tomei - M.G. D'Auria La disciplina del contratti pubblici - Commentario al Codice appalti, a cura di M. Baldi - R. Tomei, II ed., Milano, 2009, 1075, rilevano come il principio dell'ordinaria invariabilità del progetto rende il compito del direttore dei lavori più complesso delicato, rispetto al passato, e comporta l'esigenza che egli intrattenga un continuo ed efficace rapporto con il responsabile unico del procedimento, al quale competono le funzioni di controllo e di indirizzo che già furono dell'ingegnere capo.

(8) Per una compiuta disamina del ruolo e delle responsabilità del direttore lavori, cfr. P. Musolino, Il direttore lavori nell'appalto pubblico privato. Obbligazioni e responsabilità, in Riv. trim app., 4/2015, 449 ss.

(9) Cass. 16 gennaio 1987, n. 292, in Mass. Foro it., 1987, c. 53; Cass. 1° marzo 1995, n. 2333, in Sett. giur., 1995, II, 991; Cass. 13 aprile 2015, n. 7370, in DeJure.

(10) Conseguentemente le relative controversie rientrano nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario. Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3347, in Arch. giur. oo. pp., 2010, 503. Sul punto Cass., SS.UU., 9 febbraio 2011, n. 3165, ord.,

in questa Rivista, 2011, 796, sottolinea la diretta imputabilità all'amministrazione dell'attività del direttore lavori, che esercita poteri autoritativi con rilevanza esterna assumendone la rappresentanza.

(11) Così P.M. Piacentini, Regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici - Commento al D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, Rimini, 2000, 47, il quale tuttavia non manca di sottolineare le carenze dell'impianto normativo ed in particolare la collocazione del RUP nei confronti della preesistente gerarchia, incentrata sulla figura dell'ingegnere capo per cui "non si capisce da chi dipende il RUP e chi dipenda da lui" considerazioni che mantengono attualità anche nel sistema vigente.

(12) A. M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, XIII ed., Napoli, 1982, 216, annovera tra i poteri propri della posizione di supremazia dell'organo sovraordinato, quello di imprimere mediante direttive l'orientamento dell'azione e di controllarne l'operato, mentre alla posizione di direzione ineriscono soltanto poteri di propulsione, coordinazione, indirizzo e controllo, meno penetranti rispetto ai poteri di supremazia gerarchica. M.S. Giannini, Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 1981, 68, connota la direttiva come atto indirizzato ad imprimere alle condotte, e quindi agli atti in cui esse si manifestano, un contenuto ispirato a determinati principi, per cui l'ufficio sovraordinato ha un potere di controllo dell'attuazione della direttiva. Sull'attività di coordinamento cfr. V. Bachelet, Coordinamento, in Enc. del diritto, X.

(13) Ai sensi dell'art. 216, comma 4, fino alla data di entrata in vigore del predetto decreto di cui che definirà i contenuti della progettazione, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui alla parte II, titolo II, capo I (artt. da 14 a 43: contenuti della progettazione) nonché gli allegati o le parti di allegati ivi richiamate, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207

(14) Per gli affidamenti di incarichi di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 100.000 euro si fa richiamo al principio di "rotazione degli inviti" che con il decreto correttivo è stato declinato come "rotazione degli inviti e degli affidamenti" (art. 36, comma 1, del codice), pur continuando a fare riferimento alla sola "rotazione degli inviti" nell'art. 36, comma 2, lett. b) e c), e nell'art. 157, comma 2; inoltre, l'art. 36, comma 7, codice, come emendato dal correttivo, demanda alle linee guida dell'ANAC l'indicazione delle modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti, sulle quali Cfr. le Linee guida ANAC n. 1, di attuazione del codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", deliberazione dell'Autorità n. 973 del 14 settembre 2016, ed approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 973 del 14 settembre 2016, aggiornate al D.Lgs. n. 56/2017 con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 138 del 21 febbraio 2018, nonché Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 4 dicembre 2017, n. 2698.

La norma prescrive che l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti (art. 36, comma 2, lett. b), codice).

(15) Linee guida n. 3, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", approvate dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 ed aggiornate al D.Lgs. 56 del 19 aprile 2017 con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017.

(16) Come specificato negli artt. 7, 14 commi 1 e 4.

(17) Art. 106, comma 2 "L'offerta da presentare per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici è accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di avere direttamente o con delega a personale dipendente esaminato tutti gli elaborati progettuali, compreso il calcolo sommario della spesa o il computo metrico estimativo, ove redatto, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di avere preso conoscenza delle condizioni locali, della viabilità di accesso, di aver verificato le capacità e le disponibilità, compatibili con i tempi di esecuzione previsti, delle cave eventualmente necessarie e delle discariche autorizzate, nonché di tutte le circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione dei lavori e di aver giudicato i lavori stessi realizzabili, gli elaborati progettuali adeguati ed i prezzi nel loro complesso remunerativi e tali da consentire il ribasso offerto. La stessa dichiarazione contiene altresì l'attestazione di avere effettuato una verifica della disponibilità della mano d'opera necessaria per l'esecuzione dei lavori nonché della disponibilità di attrezzature adeguate all'entità e alla tipologia e categoria dei lavori in appalto". Di tenore analogo ma con minori contenuti percettivi l'art. 1 del d.P.R. n. 1063 del 1962.

(18) L'adunanza Generale del Consiglio di Stato del 12 luglio 1999, sullo schema del d.P.R. n. 554 del 1999, aveva evidenziato che alla dichiarazione unilaterale in questione la giurisprudenza aveva finito con l'attribuire (...) valore di clausola di stile, evitando qualsiasi conseguenza negativa a carico del concorrente. In relazione alla previsione dell'art. 1 del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, sulla dichiarazione di conoscenza dello stato dei luoghi, T.A.R. Sicilia 7 agosto 1987, n. 507, in Arch. giur. oo. pp., 1987, 1807, ne sottolineava la mancanza di assoluto valore precettivo, negli stessi termini anche T.A.R. Puglia, Sez. I, Bari, 28 maggio 1991, n. 304; in TAR, 1991, I, 3177 (confermata da Cons. Stato, Sez. VI, 27 agosto 1997, n. 1220; in Cons. Stato, 1997, 1, 1122) ove si sottolinea che tale dichiarazione non costituisce elemento determinante nell'economia del negozio e ad essa può sopperirsi con il successivo inserimento nel contesto del contratto da stipulare. Più rigorosa la posizione del G.O. che (Cass., Sez. I, 21 dicembre 1996, n. 11469, in Giust. civ. Mass., 1996, 1789), ha ritenuto con riferimento regime previgente la L. n. 109 del 1994, che la dichiarazione

in questione "non identifica clausola di stile, ed esclude ogni responsabilità del committente per preteso difetto d'informazione sullo stato geologico dei luoghi".

(19) Cfr. Coll. Arb. 29 aprile 2010, n. 61, in www.appaltiecontratti.it "La dichiarazione prestata dall'appaltatore, che il legislatore ha specificato al successivo comma della disposizione regolamentare in commento, non può, quindi, comportare una riduzione delle specifiche responsabilità poste in capo alla Stazione Appaltante in ordine alla corretta esecuzione dei lavori. Diversamente non avrebbero alcun senso le pur esplicite prescrizioni di cui al comma l dell'articolo 71 del Regolamento di attuazione della Legge Merloni. Inoltre, verrebbero indubbiamente vanificate ulteriori stringenti prescrizioni di legge, tra le quali rileva in particolar modo l'art. 16 della Legge n. 109/1994, volte a porre a carico della stazione appaltante l'onere, previsto peraltro anche a tutela dell'interesse pubblico, di portare in gara una progettazione esecutiva che attraverso le sue fasi di sviluppo consenta una effettiva e concreta esecuzione dell'appalto nel rispetto delle condizioni cui l'appaltatore si è vincolato al momento della sottoscrizione del contratto". Conf. Coll. Arb. 16 aprile 2010, n. 54, ivi; Coll. Arb. 27 ottobre 2005, n. 77, in Arch. giur. oo. pp., 2006, 133; Coll. Arb., 18 maggio 2006, n. 35, ivi, 2006, 2, 1087; Coll., 4 maggio 2001, ivi, 2002, 1, 37. In dottrina F. Titomanlio, Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici, a cura di L. Giampaolino - M.A. Sandulli - G. Stancanelli, Milano, 2001, 232, definisce la previsione di cui all'art. 71 del d.P.R. n. 554 1999, norma simbolo della normativa quadro, in quanto racchiude tutta la filosofia ispiratrice della riforma della Merloni.

(20) In tal senso autorevole dottrina sin da A. Cianflone, L'appalto di opere pubbliche, VII ed., 1988, 465, che riporta le contrarie opinioni di M. Vita Levi, Appalto di opere e lavori sia privati che pubblici in Digesto Italiano, Torino, 1884, n. 256 259 e Cuneo, Appalti pubblici e privati, IV ed., Padova, 1949, 166 e 174, che configurano la consegna come un'obbligazione a carico dell'amministrazione, opinione condivisa da Rubino, L'appalto, nel Trattato di diritto civile italiano, diretto da F. Vassalli, III ed., Torino, 1958, 207, limitatamente al committente privato.

(21) A. Varlaro Sinisi, in L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici - Commentario, a cura di L. Carbone - F. Caringella - G. De Marzo, Milano, 2000, 628, ritiene correttamente che in virtù dei poteri conferiti dall'art. 25, comma 3, L. n. 109 del 1994 in ordine alla risoluzione di aspetti di dettaglio, dall'art. 25, comma 3 della Legge, il Direttore dei lavori, ove le differenze riscontrate appaiano di dettaglio e siano tali da non incidere in modo sostanziale sul progetto procede comunque alla consegna.

(22) Il Consiglio di Stato, Commissione speciale del 23 gennaio 2018, n. 360 nel parere sullo schema di decreto, in relazione alla liquidazione forfettaria del rimborso, aveva segnalato l'opportunità tenuto conto "della portata e dei limiti della norma primaria fondante il regolamento in esame - in specie nel confronto con l'art. 5, comma 5 del

previgente Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006" - di regolamentare "le conseguenze risarcitorie o indennitarie spettanti all'esecutore in caso di ritardata consegna imputabile alla stazione appaltante "non già in via diretta" ma quale enunciazione normativa, "dell'obbligo per la stazione appaltante di riprodurre tale disciplina nei capitolati d'appalto", come per l'ipotesi di liquidazione del danno da sospensione lavori, su cui v. infra.

(23) A. Cianflone - G. Giovannini, L'appalto di opere pubbliche, XI ed., 2003, 638.

(24) Cass., Sez. I, 13 novembre 1997, n. 11329, in questa Rivista, 1998, 5, 524; Cass., Sez. I, 30 marzo 1994, n. 3144, in Mass. Giur. it., 1994; Cass. 25 luglio 1990, n. 7536, in Arch. giur. oo. pp., 1990, 573, Contra v. Coll. Arb. 29 maggio 1996, n. 84, ivi, 1998, 311.

(25) Trib. Roma 1° luglio 1999, in Giur. romana, 2000, 52, a fronte del silenzio della committente sull'istanza di recesso, Cass., Sez. I, 1° giugno 1994, n. 5332, in Cons. Stato, 1994, II, 1482, nell'ipotesi in cui la committente non abbia in tempi ragionevoli provveduto alla rimozione di ostacoli che rendano in concreto impossibile l'inizio o la prosecuzione dei lavori.

(26) In tema di consegna dei lavori infatti, la giurisprudenza ha stabilito che negli appalti pubblici, regolati da leggi speciali o da capitolati generali, la consegna dei lavori si configura come un obbligo della P.A., il cui inadempimento, ancorché disciplinato in modo diverso dal codice civile, è pur sempre fonte di responsabilità contrattuale per l'amministrazione, in quanto il dovere di collaborazione della stessa non cessa di essere contrattuale solo perché deriva dalla legge, essendo questa una delle fonti di integrazione del contratto (art. 1374 c.c.): Cass. 29 settembre 1997, n. 9531, in Foro it. Rep. 1997, voce Opere pubbliche, n. 473.

(27) P. Vittoria, Il tempo nella esecuzione, in AA.VV., Appalto di opere pubbliche, a cura di Marzano, Roma, 1987, 185; A. Cingolo, Il tempo nell'esecuzione dei lavori, in Riv. trim app., 1994,287; L. Fertitta, La consegna dei lavori, in Riv. trim app., 1996,30; P. Santoro - V. Caprioli, Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici, a cura di L. Giampaolino - M.A. Sandulli - G. Stancanelli, Milano, 2001, 510, sottolineano correttamente la necessità di non discriminare tale fattispecie rispetto a quella degli aspiranti aggiudicatari ingiustamente lesi, in quanto sussistono le stesse ragioni di risarcibilità che valgono per il diritto dell'aggiudicatario/contraente all'esecuzione dell'appalto. F. Goggiamanni, in Trattato sui contratti pubblici, Vol. VIII, Il regolamento di attuazione, diretto da M.A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli, Milano, 2011, 4741 rileva che non appare corretto sussumere la consegna nel concetto generico del dovere, in quanto si inquadra nell'ambito di un determinato rapporto giuridico contrattuale e comunque non può ignorarsi la particolare rilevanza della cooperazione del creditore nell'ipotesi, come l'appalto, di contratti a prestazioni corrispettive.

(28) Cass., Sez. I, 10 novembre 2008, n. 26916, in Mass. Giur. it., 2008 secondo cui qualora, invece, la consegna parziale avesse avuto carattere effettivo di mancata consegna, allora, avrebbe avuto applicazione, in via residuale, il regime dei mezzi di tutela approntati dall'art. 10, comma 8, d.P.R. n. 1063 del 1962, poi riprodotto dall'art. 129, comma 8, d.P.R. n. 554 del 1999, 153, comma 8, d.P.R. n. 207 del 2010 e 5 comma 4 del decreto in commento.

(29) Cass. 24 aprile 2008, n. 10728, in Rep. Foro it., 2008, voce appalto, n. 55; Cass. 24 luglio 2007, n. 16361, in Leggi d'Italia.

(30) Corte conti, Sez. giur. Reg. Trento, 8 marzo 2006, n. 22, in Riv. Corte conti, 2006, fasc. 2, 134; specificamente sulla posizione di garanzia Corte conti, Sez. giur. Reg. Toscana, 2 luglio 2009, n. 415, in Riv. Corte conti, 2009, fasc. 4, 162.

(31) Cass. 29 gennaio 2003, n. 1294, in Danno e resp., 2003, 1102, con nota di P. Dellachà, La responsabilità del direttore lavori, ovvero i vantaggi dell'adempiere ad una obbligazione di mezzi, che individua un'obbligazione di risultato, conf. Cass. 24 aprile 1996, n. 3879, in Foro it., 1996, I, 1, 3578. In dottrina sul tema, cfr. M. Giorgianni, Diritto civile. L'obbligazione, Roma, 1974, 86; ID., Obbligazione (teoria generale), in Noviss. Dig. it, XI, 1976, 581 configura comportamento e risultato quali elementi entrambi indispensabili di ogni rapporto obbligatorio in quanto identificativi del contenuto; M. Franzoni, Le obbligazioni di mezzi e di risultato, in Le obbligazioni, I, L'obbligazione in generale, a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, 1342; S. Trivelloni, Obbligazione (obbligazione di mezzi e di risultato), in Enc. giur., XXI; G. D'Amico, Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, in Riv. dir. civ., 2006, 141; P. Adragna, Osservazioni sull'evoluzione giurisprudenziale circa l'applicazione dell'art. 2226 c.c. al contratto d'opera intellettuale, in Giust. civ., 196, 61, ritiene che in generale la prestazione professionale intellettuale non rientra tra le obbligazioni di mezzi quale che sia il grado in cui l'attività del professionista si proietta nella realtà esterna.

(32) Cass. 27 ottobre 1984, n. 5509, in Giust. civ., 1985, I, 347 Cass. 20 maggio 1960, n. 1281, in Riv. giur. edil., 1960, 667 e più recentemente, Trib. Lucca 16 gennaio 2015, in DeJure. Invece per l'obbligazione del progettista si è recentemente consolidata l'individuazione quale obbligazione di risultato, Cass. 29 gennaio 2003, n. 1294, in Danno e resp., 2003, 1101; Cass. 24 aprile 1996, n. 3879, in Foro it., 1996, I, 1, 3578.

(33) Considerano di risultato l'obbligazione del progettista-direttore lavori Cass. 22 aprile 1974, n. 1156, 7 febbraio 1975, n. 475, in Mass. Foro it., 1975, 116 contra, 28 gennaio 1985, n. 488, in Riv. giur. edil., 1985, I, 458. Per una compiuta ricognizione della distinzione anche con riferimento ad altri ordinamenti europei, cfr. Cass., SS.UU., 28 luglio 2005, n. 15781, in Obb. e contr., 8-9, 713, con nota di L. Follieri, Obbligazioni di mezzi e di risultato nella prestazione del progettista-direttore dei lavori, che nell'ampia disamina sui vari orientamenti richiama la normativa sui lavori

pubblici, "Nel caso di cumulo della funzione di progettista con quella di direttore dei lavori (l'art. 27, l. 11.2.1994, n. 109, legge quadro in tema di lavori pubblici, espressamente prevede il cumulo delle due prestazioni), la giurisprudenza ritiene generalmente che si tratti di obbligazione di 'mezzi', con conseguente esclusione dell'applicazione dell'art. 2226 c.c. (Cass., 29.1.2003, n. 1294; 1.12.1992, n. 12820; 28.1.1985, n. 488; 29.10.1965, n. 2292). Solo in due pronunce (l'obbligazione del progettista associata a quella della direzione dei lavori dell'opera) viene qualificata di risultato (Cass., 27.10.1984, n. 5509; 22.4.1974, n. 1156)".

(34) A. De Cupis, Il contratto d'opera come contratto di risultato, in Giust. civ., 1983, II, 403, considera il risultato utile elemento naturale ma non essenziale che contratto, che rientra nell'oggetto del negozio; F. Santoro-Passarelli, voce Professioni intellettuali, in Noviss. Dig. it, XIV, Torino, 1980, 25, afferma che nelle professioni intellettuali non si può dire che il risultato si identifichi con lo stesso comportamento, ma può e deve essere tenuto distinto da questo, come il vero oggetto del contratto e dell'obbligazione del professionista. Sul risultato professionale, cfr. pure G. Ardau, Riflessioni sulla causa dei contratti di lavoro subordinato e di lavoro autonomo, in Riv. dir. civ., 1983, 690, che esclude che un "risultato" non rientri nella prestazione dovuta.

(35) In tal senso Cass., SS.UU., n. 15781/2005, cit., che evidenzia come lo stesso standard di diligenza del professionista sia cresciuto sensibilmente, comprimendo di conseguenza l'area della colpa grave nei confronti di problemi tecnici di speciale difficoltà di cui all'art. 2236 c.c.

(36) Cass. 30 settembre 2014, n. 20557, in Leggi d'Italia; Corte conti, Sez. giur. reg. Veneto, 13 febbraio 2009, n. 121, in Riv. Corte conti, 2009, fase. 1, 91, e Arch. giur. oo. pp., 2009, 1335); Cass. 27 gennaio 2012, n. 1218, in Resp. civ. prev., 2013, 178, con nota di G. Musolino, La responsabilità del direttore dei lavori per i gravi vizi dell'opera; Cass. 11 dicembre 2012, n. 22643, in Mass. Foro it., 2012, secondo cui, inoltre, rientrano nelle obbligazioni contrattuali del direttore dei lavori l'accertamento della conformità sia della progressiva realizzazione dell'opera appaltata al progetto, sia delle modalità dell'esecuzione di essa al capitolato e/o alle regole della tecnica, nonché l'adozione di tutti i necessari accorgimenti tecnici a garantire la realizzazione dell'opera senza difetti costruttivi; Cass. 24 aprile 2008, n 10728, in Rep. Foro it., 2008, voce Appalto, n. 55; Cass. 28 novembre 2001, 15124, in Contratti, 2002, 692, con nota di L. Tapichino, Il direttore dei lavori nell'appalto privato.

(37) G. Musolino, Il direttore dei lavori nell'appalto pubblico privato. Obbligazioni e responsabilità, in Riv. trim. app., 2015, 3, 506, configura l'obbligazione professionale delineata attraverso i poteri-doveri di direzione e alta sorveglianza come obbligazione di risultato professionale; conf. L.M. Petrone, La responsabilità del professionista nel settore tecnico, in Giust. civ., 2001, II, 74.

(38) Sulla nozione di materiali D. Rubino, L'appalto, in Trattato di diritto civile italiano, diretto da F. Vassalli, III ed., Torino, 1958,139; G. Roehrssen, Materiali edilizi, in Enc. dir., XIV, 359.

(39) L'art. 356 della Legge n. 2248 del 1865, abrogato dall'art. 231, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, disponeva "Non è ammessa per parte dei venditori la rivendicazione dei materiali, attrezzi, bestie da soma o da tiro già introdotte nei cantieri, di cui fosse ancora dovuto il prezzo".

(40) Art. 28, comma 2 del D.M. n. 145 del 2000 ed in precedenza, art. 11 del R.D. 8 febbraio 1923, n. 422, successivamente art. 180 del d.P.R. 207 del 2010 virtù del quale "Salva diversa pattuizione, all'importo dei lavori eseguiti è aggiunta la metà di quello dei materiali provvisti a pie' d'opera, destinati ad essere impiegati in opere definitive facenti parte dell'appalto ed accettati dal direttore dei lavori, da valutarsi a prezzo di contratto o, in difetto, ai prezzi di stima".

(41) A. Cianflone, op. cit., 565 il quale precisa che il deperimento e il deterioramento, sono a carico dell'appaltatore "a meno che l'uno o l'altro risalgano al fatto dell'amministrazione. Il che si verifica, da esempio, quando il deterioramento dei materiali derivi dall'essere gli stessi massi per lungo tempo inutilizzati sul luogo dei lavori per fatto dell'amministrazione ovvero nel caso in cui la forza maggiore intanto prodotto effetti dannosi in quanto vi sia stato ritardo nell'impiego dei materiali ettari di ritardo sia dovuto al fatto dell'amministrazione".

(42) L'art. 3, comma 1 lett. ggggg-decies) definisce "capitolato prestazionale", il documento che indica, in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali, anche per gli aspetti edilizi, infrastrutturali e ambientali, che deve assicurare l'opera costruita e che traduce il quadro esigenziale in termini di requisiti e prestazioni che l'opera deve soddisfare, stabilendone la soglia minima di qualità da assicurare nella progettazione e realizzazione. L'art. 34 prevede che "Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto nell'articolo 144".

(43) Si tratta ai sensi dell'art. 105, comma 2, del codice degli affidatari di forniture con posa in opera e noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto e gli affidatari dei contratti similari

(44) La qualificazione della normativa sul subappalto quale disciplina di "ordine pubblico, è stata affermata dalla giurisprudenza sin dalla L. n. 55 del 1990, cfr. Corte cost. 23 aprile - 5 maggio 1993, n. 218; Cons. Stato, Sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713 e n. 1721.

(45) Definite dalla raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003, pubblicata sulla G.U.U.E. n. L124 del 20 maggio 2003, recepita con Decreto del Ministro attività produttive 18 aprile 2005.

(46) A. Varlaro Sinisi, in Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo - Commento organico al Codice e alle linee guida ANAC alla luce del decreto correttivo del 19 aprile 2017, n. 56, a cura di F. Caringella - M. Protto, Roma, 2017, 513.

(47) T.A.R. Lazio, Roma 7 settembre 2010, n. 32134, ha precisato che la finalità perseguita dall'art. 118 comma 4 "è quella di evitare che siano affidati in subappalto a prezzi troppo bassi lavorazioni o prestazioni facenti parte del contratto di appalto onde assicurare la corretta esecuzione delle stesse ..." ma tale finalità, "non può di per sé precludere la possibilità di ricorrere a tale forma contrattuale solamente per delle prestazioni facenti parte delle lavorazioni previste nel bando. A tal fine è necessario scomporre il prezzo unitario delle singole lavorazioni indicando i prezzi unitari delle prestazioni che erano ricomprese nelle suddette lavorazioni, al fine di consentire alla stazione appaltante di verificare il rispetto della previsione di cui al citato quarto comma per le prestazioni subappaltate. In altre parole, deve ritenersi che qualora l'affidatario intenda subappaltare singole prestazioni contrattuali, il limite del 20% deve essere riferito al prezzo di queste ultime come specificatamente indicato in sede di offerta, per cui in presenza di tale presupposto e delle altre condizioni indicate dal secondo comma, la stazione la stazione appaltante è tenuta ad autorizzare il subappalto anche di singole prestazioni". La sentenza chiarisce anche che tra i requisiti previsti per il rilascio della autorizzazione al subappalto non vi è quello inerente il richiamato vincolo circa i prezzi del contratto di subappalto che non possono scostarsi di oltre il 20% rispetto a quelli dell'appalto.

(48) Sul quale cfr. G. Misserini, L'avvalimento, in M. Baldi - R. Tomei (a cura di), La disciplina dei contratti pubblici, Commentario al codice degli appalti, Milano, 2009, 495.

(49) L. Tringali, L'avvalimento nel nuovo Codice dei contratti pubblici, Rimini, 2017, 59 osserva che la norma è ispirata a dare una effettiva portata operativa all'avvalimento, lasciando una ampia discrezionalità alla stazione appaltante in ordine alle modalità.

(50) Nei limiti dell'art. 113 bis, comma 2 del Codice.

(51) Artt. 17, L. n. 64 del 1974 sul deposito del progetto in zone sismiche, 3, comma 2, L. n. 1086 del 1971, su competenze e responsabilità di direttore dei lavori e costruttore.

(52) A tale limite andava aggiunto quello stabilito dall'art. 13, comma 5, d.P.R. n. 1063 del 1962 che le variazioni qualitative, ovvero quelle qualitative e quantitative non fossero tali da mutare essenzialmente la natura delle opere comprese nell'appalto e che non importino nelle quantità delle varie specie di opere, come desumibile dal capitolato speciale dai disegni, modifiche tali da produrre un notevole pregiudizio economico all'appaltatore. A. Cianflone, op. cit., 641, configura quali contrattuali le variazioni che rispettano tali limiti che l'appaltatore non può rifiutarsi di eseguire in quanto ciò importerebbe inadempienza al contratto ed extra contrattuali sia quelle che superano i limiti entro i quali è consentito all'amministrazione di introdurle, sia quelle che pongono in essere un'opera del tutto diversa da quella contrattuale o che comportino notevoli modificazioni della natura dell'opera, cioè nella sua individualità, in relazione al luogo di esecuzione, alla natura affatto diversa del materiale impiegato, alla the all'ideazione all'attuazione di opere d'arte di tracciati diversi per natura e per il n. di quelli previsti. Lo stesso autore, 651 specifica che il limite del quinto "non ha però solo la funzione di circoscrivere il diritto potesse attivo della p.a. di introdurre variazioni addizione. Ha anche quella di delimitare il contenuto della prestazione dell'appaltatore nel senso che tale contenuto va riferito una somma che può oscillare, una volta che quel diritto sia stato completamente esercitato, tra i quattro-quinti e i sei-quinti dell'importo originariamente stabilito in contratto".

(53) Cfr. art. 25 Comma 1, i cui contenuti sono stati sostanzialmente riprodotti dall'art. 132 del D.Lgs. n. 163 del 2006:

a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;

b) per cause impreviste e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento di cui all'art. 3, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale;

b-bis) per la presenza di eventi inerenti la natura e specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale;

c) nei casi previsti dall'art. 1664, secondo comma, del codice civile;

d) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il RUP ne dà immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista.

(54) Corte di Giustizia UE, Sez. Grande, 13 aprile 2010, in causa C-91/08, Foro amm. CDS, 2010, 4-2010; Corte di Giustizia UE, 5 ottobre 2000, in causa C- 337/98, Commissione/Francia, in http://www.curia. europa.eu. Nel senso che a presidio della concorrenza le prescrizioni del bando devono essere rispettati rigorosamente fino al termine di esecuzione dell'appalto Corte di Giustizia UE, Sez. VI, 29 aprile 2004, in causa 496/99, Cas Succhi di Frutta s.p.a., in Foro amm. CDS, 2004, 985.

(55) Già nel vigore del D.Lgs. n. 163 del 2006, G. Musolino, Le varianti in corso d'opera il contratto di appalto di lavori pubblici, in Riv. Trim. App., 2009, 510, rilevava tra le motivazioni del regime restrittivo in tema di varianti introdotto dall'art. 25 della legge 109, "il proposito di evitare, a tutela del pubblico interesse della concorrenza, ogni possibile elusione del principio generale in base al quale gli appalti devono essere giudicati mediante procedura di evidenza pubblica". In giurisprudenza amministrativa si sottolineava la possibilità di modificare le condizioni dei contratti aggiudicati in esito procedure concorsuali, solo nelle ipotesi tassativamente previste, a garanzia della trasparenza, della par condicio e della controllabilità della gara (Cons. Stato, Sez. V, 16 novembre 2002, n. 6281, in Foro amm. CDS, 2003, 145, con nota di Varone.

(56) Sul tema cfr. M. Viotti, Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - Commentario sistematico, a cura di F. Saitta, Padova, 2008, 824; con specifico riferimento alla normativa comunitaria C. Altavista, Le varianti, in Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 CE e nella legge comunitaria n. 62/2005, (a cura di) R. Garofoli - M.A. Sandulli, Milano, 2005, 327 ss.

(57) In tal senso, A. Varlaro Sinisi, Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo, Roma, 2017, 519, che correttamente individua come unico limite, al di là del quinto, che la "variante" in questione sia richiesta in corso di esecuzione e, quindi, prima del verbale di ultimazione dei lavori.

(58) Cass. 12 maggio 2016, n. 97067; Cass. 1° agosto 2013, n. 18438. Secondo Cons. Stato, Sez. VI, 18 ottobre 2000, n. 5606, in Cons. Stato, 2000, I, 2279 e Cass. 14 giugno 2000, n. 8094, in questa Rivista, 2000, 979, gli atti aggiuntivi che superano il quinto d'obbligo vincolano l'appaltatore solo a seguito di una nuova manifestazione di volontà che integra un nuovo ed autonomo contratto modificativo del precedente (conf. Cass., Sez. I, 18 settembre 2003, n. 13734; 7 luglio 2004. n. 12416; 8 settembre 2003, n. 13068; 14 giugno 2000, n. 8094; Cass., Sez. I, 2 agosto 2012, n. 13903).

(59) Cons. Stato, Sez. I, 12 luglio 2011, n. 4197, in Foro amm. CDS, 2011, 2510. Conseguentemente Nell'ipotesi in cui a seguito del superamento del limite del quinto, l'atto aggiuntivo sottoscritto dalle parti integri nuovo ed autonomo contratto rispetto a quello originario, da tale momento decorre il termine in cui si considera la normativa vigente per un'eventuale spettanza del compenso revisionale (P. Savasta, in Codice dell'appalto pubblico, (a cura di S. Baccarini - G. Chiné - R. Proietti), II ed., Milano, 2015, 1527).

(60) La previsione riprende quindi il contenuto dell'art. 161 del d.P.R. n. 207/2010 (e prima ancora dell'art. 10, comma 4, D.M. n. 145 del 19 aprile 2000 e del richiamato art. 14, comma 6, d.P.R. n. 1063 del 1962) il quale (comma 15), stabiliva pure che, ai fini del calcolo del quinto, non dovevano essere tenuti in conto gli aumenti, rispetto alle previsioni contrattuali, delle opere relative a fondazioni. Per una compiuta disamina delle modalità di determinazione del limite del quinto cfr. A. Cianflone - G. Giovannini - V. Lopilato, L'appalto di opere pubbliche, XIII. ed. Milano, 2018, 1904 ss., i quali chiariscono che dal computo per la determinazione del quinto vanno escluse oltre le somme riconosciute all'appaltatore a titolo risarcitorio, per espressa previsione della norma, anche quelle riconosciute a seguito di revisione prezzi, in continuità con il precedente regime in cui si riteneva che le somme riconosciute in base alla regola della "prezzo chiuso" non dovessero essere computate nel calcolo del quinto, in quanto non sussumibili in alcuna delle categorie contemplate dalla norma.

(61) La legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, stabilisce tra i princìpi e criteri direttivi che, "al fine di incentivare l'efficienza e l'efficacia nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte, nei tempi previsti dal progetto e senza alcun ricorso a varianti in corso d'opera, è destinata una somma non superiore al 2 per cento dell'importo posto a base di gara per le attività tecniche svolte dai dipendenti pubblici relativamente alla programmazione della spesa per investimenti, alla predisposizione e controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, di direzione dei lavori e ai collaudi, con particolare riferimento al profilo dei tempi e dei costi, escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione" (lett. rr) e in particolare lett. ee) "l'introduzione di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera, distinguendo in modo dettagliato tra variazioni sostanziali e non sostanziali, in particolare nella fase esecutiva ... nonché la previsione che ogni variazione in corso d'opera debba essere adeguatamente motivata e giustificata unicamente da condizioni impreviste e imprevedibili e, comunque, sia debitamente autorizzata dal responsabile unico del procedimento, con particolare riguardo all'effetto sostitutivo dell'approvazione della variazione rispetto a tutte le autorizzazioni e gli atti di assenso comunque denominati e assicurando sempre la possibilità, per l'amministrazione committente, di procedere alla risoluzione del contratto quando le variazioni superino determinate soglie rispetto all'importo originario, garantendo al contempo la qualità progettuale e la responsabilità del progettista in caso di errori di progettazione e prevedendo, altresì, l'applicazione di uno specifico regime sanzionatorio in capo alle stazioni appaltanti per la mancata o tardiva comunicazione all'ANAC delle variazioni in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria".

(62) Cfr. sul punto il commento all'art. 14.

(63) In tal senso, A. Carullo - A. Clarizia, La legge quadro in materia di lavori pubblici, Padova, 2004, 1110; A. Cianflone - G. Giovannini - V. Lopilato, cit., 191, P. Lazzara,

- a cura di L. Perfetti, Codice dei contratti pubblici commentato, Milano, 2013, 1369 sostiene che il quinto d'obbligo non costituisce limite generale le varianti in corso di esecuzione, ma presidio della libertà contrattuale dell'autonomia del privato appaltatore. In giurisprudenza Cass. 2 aprile 2008, n. 8512; Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7130 sottolinea come "la misura del quinto dell'importo originario dell'opera (c.d. quinto d'obbligo) rappresenta il limite esterno entro il quale l'appaltatore obbligato l'esecuzione di ulteriori lavori di cui all'al contratto di appalto originario ed oltre il quale, invece, i lavori possono essere qualificati come variante del predetto contratto originario, spettando l'appaltatore il diritto alla risoluzione del contratto, salvo che non voglia espressamente seguirli previo nuovo accordo".

(64) Nel regime previgente valeva la disciplina degli artt. 93, D.Lgs. n. 163 del 2006, e 35 ss. del d.P.R. n. 207 del 2010, ancora vigenti ai sensi dell'art. 216, comma 4 del codice, fino alla data di entrata in vigore del decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti che in base all'art. 23, comma 3 dovrà definire i contenuti dei tre livelli di progettazione, e prima ancora degli artt. 25, 26, 33, 34, 36, 49 del d.P.R. n. 554 del 1999.

(65) Coll. arb., 14 giugno 1994, in Arch. giur. oo. pp., 1996, 294; Coll. arb., 18 dicembre 1991, ibidem, 1992, 1404; Coll. arb., 14 settembre 1993, ibidem, 1995, 241.

(66) Coll. arb., 29 novembre 1990, in Arch. giur. oo. pp., 1991, 2023; Coll. arb., 20 maggio 1985, ibidem, 1986, 1145; Coll. arb., 1° luglio 1983, ibidem, 1984, 58; Coll. arb., 25 ottobre 1979, ibidem, 1979, III, 548; Coll. arb., 7 febbraio 1989, ivi, 1990, 73.

(67) Cass., Sez. I, n. 29 aprile 2006, n. 10052 e la giurisprudenza richiamata più avanti nel commento all'art. 10. In dottrina cfr. A. Cianflone - G. Giovannini - V. Lopilato, op. cit., 1908 e la giurisprudenza ivi richiamata

(68) Ulteriore limite delle varianti con riferimento ai prezzi concordati o imposti, è costituito dall'obbligo di copertura finanziaria, per cui come chiarito da Cass. 4 maggio 1994, n. 4319, in Riv. Arb., 1995, 253 l'appaltatore non è obbligato ad eseguire opere in variante in difetto di copertura.

(69) Cfr. A. Napoleone, Commento all'art. 106, in F. Garella - M. Mariani (a cura di), Il codice dei contratti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Torino, 2016, 279 ss.

(70) A. Gigliola - S. Fidanzia, L'art. 106 del nuovo codice. Modifica di contratti durante il periodo di validità, su www.italiappalti.it, i quali sottolineano che nella specie non si è di fronte ad espressione di poteri autoritativi della pubblica amministrazione, ma di elementi propri della struttura privatistica del rapporto. Nonostante la loro adozione in forme pubblicistiche, infatti, il loro contenuto non è di natura provvedimentale, potendosi piuttosto riconoscere loro la natura di atto negoziale, richiamando anche Cass., Sez. I, 1° ottobre 2014, n. 20722.

(71) A. Gigliola, S. Fidanza, cit. rilevano sottolineano come anche l'impossibilità connessa all'intercambiabilità ed interoperabilità tra apparecchiature riferendosi ai soli appalti di servizi e forniture (tra l'altro neanche in maniera tassativa), lascia la definizione dell'impossibilità alla sola discrezionalità e interpretazione della stazione appaltante.

(72) Cfr. A. Varlaro Sinisi, nel commento all'art. 106, cit. 518.

(73) Cfr. A. Cianflone, op. cit., 653

(74) Sull'errore progettuale cfr. G. Bormioli, Varianti in corso d'opera, in Riv. trim. app., 3/2001, 539 ss.

(75) In tal senso A. Manzi, in Tassan Mazzocco - Angeletti - Bombelli - Guffanti - Manzi - Perulli - Robaldo - Sciumè - Zoppolato, op. cit., 647.

(76) P. Lazzara, op. cit., 1377, individua la ratio della disposizione presunzione assoluta di inidoneità del progetto affetto da errori che determinino variazioni superiori al quinto a soddisfare l'interesse pubblico in relazione ad elementi essenziali e non modificabili. Cass. 18 settembre 2009, n. 20140, afferma che il progetto esecutivo di un'opera pubblica "inteso come quello immediatamente cantierabili, cioè concernente un'opera che non necessita di ulteriori specificazioni per essere realizzata" è determinante per l'esatta individuazione dell'oggetto dell'appalto.

(77) Carbone in A. Carullo - A. Clarizia, La legge quadro in materia di lavori pubblici, Padova, 2004, 1140, in relazione all'art. 132 del codice previgente G. Musolino, nel relativo commento in Carullo - Iudica, Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati, 2, Padova 2012.

(78) In base alle Linee Guida ANAC n. 3 - Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni approvate con delibera n. 1096 del 26 ottobre 2016 (G.U. 22 novembre 2016, n. 273) il RUP autorizza le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità anche su proposta del direttore dei lavori, con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante da cui il RUP dipende in conformità alle previsioni dell'art. 106 del Codice e, in particolare, redige la relazione di cui all'art. 106, comma 14, del Codice, relativa alle varianti in corso d'opera, in cui sono riportate le ragioni di fatto e/o di diritto che hanno reso necessarie tali varianti. Il RUP può avvalersi dell'ausilio del direttore dei lavori per l'accertamento delle condizioni che giustificano le varianti.

(79) Per le categorie deve ancora farsi riferimento a quelle del d.P.R. n. 34 del 2000, in quanto l'art. 84 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, che disciplina il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, prevede che nelle more dell'emanazione del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti che, su proposta dell'ANAC, individuerà le nuove modalità di qualificazione, se del caso attraverso un graduale superamento del sistema unico di qualificazione degli esecutori

di lavori pubblici, gli operatori economici, esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, provano il possesso dei requisiti speciali di qualificazione mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato (SOA) autorizzati dall'ANAC. Al momento l'ANAC ha messo in consultazione le linee guida, mentre risulta attuato l'art. 89, comma 11, del codice che demanda a un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, la definizione dell'elenco delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione. In data 4 gennaio 2017 è stato pubblicato il decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248 recante il Regolamento recante individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'art. 89, comma 11, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

(80) In base al comma 4 una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati (o di offerenti - n.d.r.) diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;

c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;

d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).

(81) Cfr. Cass., Sez. I, 29 aprile 2006, n. 10052 precisa che "l'appaltatore non può neppure, di sua iniziativa, eseguire le addizioni e le variazioni che ritenga indispensabili: quando riconosca una siffatta necessità, deve avvertire il direttore dei lavori e provocare la predisposizione, da parte della stazione appaltante, di varianti in corso d'opera. Difatti, le variazioni sono destinate a determinare delle modificazioni del contratto, le quali possono essere introdotte soltanto dagli organi competenti a manifestare la volontà della pubblica amministrazione e ad impegnare quest'ultima (art. 343 della legge sui lavori pubblici) del regolamento di cui al R.D. n. 350 del 1895, art. 20 e segg.)".

(82) Cass. 12 settembre 2003, n. 13432, in Arch. giur. oo. pp., 2003, 1126; Cass. 25 settembre 1990, n. 9701, in Arch. giur. oo. pp., 1990,614 precisa che l'accettazione

dell'opera non preventivata ed il correlato obbligo dell'indennizzo nei limiti dell'arricchimento sono subordinati al riconoscimento dell'utilità dell'opera, e quindi, in sostanza al suo apprezzamento discrezionale. In dottrina A. Cianflone, op. cit., 541, evidenzia che, affinché l'appaltatore possa acquisire il diritto al relativo compenso, è necessario che le addizioni e variazioni che ha eseguito siano: a) riconosciute indispensabili per l'esecuzione dell'opera; b) siano riscontrate meritevoli di collaudo; c) l'importo totale dell'opera, in esso compreso l'ammontare delle addizioni variazioni non autorizzati rientri nei limiti delle spese approvate. Nello stesso senso A. Marzano, Le variazioni, in Appalto di opere pubbliche, AA. VV., Roma, 1987,260.

(83) Cfr. Cass., Sez. I, 17 maggio 2006, n. 11501, (conf. Cass., nn. 9701/1990, 11365/1999, 6522/2000); App. Roma, Sez. I, 6 settembre 2010, n. 3422, in www.appaltieriserve.it, in ipotesi di variazioni all'opera appaltata disposte dal Direttore lavori in assenza di qualsivoglia formale delibera approvata dalla stazione appaltante, con riferimento alle analoghe previsioni del Regolamento sui lavori del Genio militare, ha affermato che "... neppure la semplice autorizzazione verbale o scritto e del direttore dei lavori rende lecite le modifiche qualora non sia stato preventivamente emesso dall'amministrazione appaltante un legittimo provvedimento che stabilisce e ordina le variazioni"; per cui nell'ipotesi di ordini verbali che manifestano la volontà di procedere a varianti ovvero dispongano varianti, l'appaltatore non è tenuto ad uniformarvisi, né sono giustificabili eventuali interruzioni di lavori da parte dell'appaltatore stesso (Coll. Arb. Roma, 9 dicembre 2010, in Arch. giur. oo. pp., 2011, 166). Sul tema in dottrina cfr. L. Manzella, La disciplina delle varianti in corso d'opera nell'ambito dei lavori pubblici. In particolare le varianti "migliorative", in Riv. trim. app., 2008, 536; P.M. Piacentini, Regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici, Rimini, 2000, 195 ss.; M. Bertolissi, L'esecuzione del contratto, in R. Villata (a cura di), L'appalto di opere pubbliche, II ed., Padova, 2004, 807.

(84) Cfr. A. Cianflone - G. Giovannini - V. Lopilato, cit., 1914.

(85) Corte Conti, Sez. Contr. St., 21 luglio 1995, n. 93, in Riv. Corte Conti, 1995, 5, 19; Corte Conti, Sez. Contr. St., 24 settembre 1994, n. 69, in Riv. Amm. R.I., 1995, 1375, con nota di P. Santoro. La variante disposta in difetto della preventiva autorizzazione del preventivo impegno di spesa, in assenza delle condizioni per il riconoscimento dei relativi lavori determina una responsabilità erariale in capo alla RUP (Corte Conti, II, 9 gennaio 2004, n. 1, in Riv. corte conti, 2004,72. In giurisprudenza si è inoltre stabilito, sempre nel vigore dell'art. 342 della L. n. 2248 del 1865 che i lavori addizionali non autorizzati possono dare oggetto a compenso in presenza di una serie di condizioni: a) che vi sia stata tempestiva riserva, b) che siano stati qualificati come indispensabili in sede di collaudo e siano stati riconosciuti come tali anche dell'amministrazione committente, c) che comportino un costo che addizionato a quello dei lavori commissionati in contratto, rientri comunque entro

limiti delle spese approvate (Trib. Napoli, 18 luglio 2002, in Corr. giur., 2002, 356; Coll. Arb., Roma, 7 aprile 2005, in Arch. giur. oo. pp., 2005, 745).

(86) Cass. 3 marzo 2006, n. 4725, in Arch. giur. oo. pp., 2006, 188; Cass. 9 luglio 2004, n. 12681, in Rep. Foro it., 2004, voce opere pubbliche, n. 575.

(87) Cass. 18 dicembre 2015, n. 25524, nonché nel vigore dell'art. 342 della L. n. 2248 del 1865, Cass., Sez. I, 2 luglio 1998, n. 6470, richiamata dall'AVCP con Deliberazione n. 73 del 1° dicembre 2010 in cui non si esclude, nell'esclusivo e superiore interesse della P.A., che ragioni di opportunità e speditezza giustifichino l'approvazione di perizie in sanatoria, in casi che, sia per il rilievo economico delle variazioni apportate che per il rilievo tecnico - funzionale delle stesse non incidano pesantemente nel vincolo contrattuale con l'impresa. In tal senso anche Corte Conti, Sez. Contr. St., 13 luglio 1995, n. 88, in Riv. Corte Conti, 1995, 5, 14, che ha ritenuto ammissibile una anticipata esecuzione dei lavori aggiuntivi, purché risulti una precedente richiesta formulata in tal senso dal direttore dei lavori, ancorché non tempestivamente approvata a causa della complessità del relativo procedimento ed in presenza di urgenza e necessità di eseguire le nuove opere. In tal senso Coll. arbitrale 27 aprile 2005, n. 58, in Arch. giur. oo. pp., 2006, 65.

(88) G. Musolino, Le varianti in corso d'opera, cit. 505 che richiama Cass. 16 aprile 2008, n. 10069, in Rep. Foro it.; 2008, voce Contratti pubblici, n. 85; in termini Cass. 8 luglio 2009, n. 16046.

(89) Previsione di identico tenore era contenuta nell'art. 134, comma 5, d.P.R. n. 554 del 1999 e, nel regime previgente la L. n. 109 del 1994 negli artt. 342 della L. generale n. 20 del 1865, R.D. n. 350 del 1895 e 13 del d.P.R. n. 1063 del 1962.

(90) Cfr. A. Cianflone - G. Giovannini - V. Lopilato, op. cit., 1921, i quali sottolineano che l'approvazione, intesa a legittimare preventivamente l'operato del direttore lavori, non sarebbe sufficiente; come non sarebbe sufficiente l'ordine scritto, senza la preventiva approvazione, salva l'ipotesi di varianti riflettenti categorie di lavoro già previste in contratto, con particolari secondari di esecuzione di solito compresi nelle facoltà del direttore lavori, ovvero nei casi di prestazioni di lieve entità necessari per la buona riuscita dell'opera.

(91) Cfr. A. Cianflone - G. Giovannini - V. Lopilato, op. cit., 1928.

(92) L'ipotesi costituisce una sottospecie di quella dell'art. 25, comma 1, lett. b), L. n. 109 del 1994 e dell'art. dall'art. 132, comma 1, lett. b) del codice previgente che contemplava tra le ipotesi di varianti ammissibili quella conseguente all'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale.

(93) Sul piano sostanziale, la legge delega demanda al Governo di recepire le direttive nel rispetto del divieto del goldplating (vale a dire il "divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive" (art. 1, comma 1, lett. a), legge delega n. 11 del 2016), e di recepire gli strumenti di regolamentazione flessibile introdotti dalle direttive (art. 1, comma 1, lett. f) legge delega).

(94) Cfr. Consiglio di Stato, Comm. speciale del 23 gennaio 2018, n. 360 nel parere sullo schema di decreto, che rileva, secondo quanto già osservato in relazione agli indennizzi sulla ritardata consegna di cui all'art. 7 (osservazione non recepita nel testo definitivo del decreto) sulla base della portata e dei limiti della norma primaria fondante il regolamento - in specie nel confronto con l'art. 5, comma 5, del previgente Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006, l'opportunità di prevedere che siano le stazioni appaltanti ad inserire nei capitolati speciali le norme sulle riserve, piuttosto che dettare direttamente la disciplina. Sul tema cfr. Cons. Stato, Comm. Speciale del 19 ottobre 2016, n. 1663 che ricostruisce la portata della previsione dell'art. 111, comma 1, codice, secondo cui le linee guida sono "approvate" con decreto ministeriale, su "proposta" dell'ANAC, e "previo parere delle competenti commissioni parlamentari", nonché "sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici", sulla base dei commi 5 e 12 della legge delega n. 11/2016 e quindi l'intenzione del legislatore di prevedere uno strumento attuativo del codice che coniugasse la natura regolamentare con la flessibilità dello strumento in modo da addivenirsi sia ad una rapida adozione, sia da poterlo rapidamente modificare. Il Supremo Consesso richiama la memoria storica in relazione alla pregressa esperienza sia del regolamento n. 207/2010, recante esecuzione e attuazione del codice appalti n. 163/2006, sia del regolamento n. 554/999 recante esecuzione della "legge Merloni" n. 109/1994, che avrebbero dovuto seguire rapidamente l'adozione della legge primaria, mentre sono sopraggiunti a oltre quattro anni di distanza da essa. Da ciò la scelta del legislatore di prevedere un atto di natura regolamentare, con un procedimento parzialmente diverso rispetto a quello di formazione dei regolamenti previsti dall'art. 17, L. n. 400/1988.

(95) Cass. 10 gennaio 1974, n. 78, in Mass. Giust. civ., 1974, 2613; Cass. 18 agosto 1976, n. 3041, in Arch. giur. oo. pp., 1976, 243; Cass. 16 ottobre 1980, n. 5564, in Mass. Foro it., 1976,348; Cass. 15 dicembre 1982, n. 6911, in Mass. Giust. civ., 1982, 2345; Cass. 3 marzo 1983, n. 1575, in Giust. civ., Mass. 1983, 554; Cass. 9 aprile 1988, n. 2814, in Mass. Giust. civ., 1988, 686; Cass. 19 maggio 1989, n. 2395, in Giur. it., 1990, l, I, 651; Coll. Collegio Arbitrale, 4 luglio 1991, in Arch. giur. oo. pp., 1991, 970; Coll. Camera Arbitrale, 11 settembre 2000, in Arch. giur. oo. pp., 2001, 889: in particolare per la teoria del controllo della spesa elaborata dalla giurisprudenza della Cassazione sulla base dell'interpretazione di alcune norme del regolamento approvato con R.D. 25 maggio 1895, n. 350 (in particolare, artt. 36, 37 e 53) pressoché testualmente riprodotte negli artt. 155 e 164 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554. cfr.

Cass. 5 ottobre 1990, n. 9830, in Rassegna Avvocatura di Stato, 1992, 248; Cass. 20 settembre 1992, n. 9854, in Riv. Corte Conti, 1992, 1, 150; Cass. 1° dicembre 1999, n. 13339, in Cons. Stato, 2000, II, 634; Cass. 17 febbraio 1987, n. 1697, in Mass. Giust. civ., 1987, 470; Cass. 19 marzo 1991, n. 2934, in Set. Giur., 1991, II, 727; Cass. 22 luglio 1996, n. 6573, in Cons. Stato, 1996, II, 1384. In dottrina sulle riserve A. Cianflone, op. cit., 1057 ss.; per un aggiornamento A. Cianflone - G. Giovannini - V. Lopilato, op. cit., 2585 ss.; A. Giacalone, Le riserve nei lavori pubblici, Palermo, 2010.

(96) Cfr. ex plurimis, Cass., Sez. I, 3 marzo 2006, n. 4702; 6 dicembre 2002, n. 17335; 4 agosto 2000, n. 10261; in particolare sull'applicazione dell'onere alla mancata contabilizzazione delle partite di lavori, Cass., Sez. I, 2 agosto 2012, n. 13903; Cass., Sez. I, 8 settembre 2004, n. 18070; Cass., Sez. I, 6 aprile 1982, n. 2102.

(97) Cfr. Cass. 12 marzo 1973, n. 677, in Rass. Avv. Stato, 1973,458; Cass. 2 luglio 1981, n. 4285, in Giust. civ., 1982, I, 2175, Cass. 22 novembre 1984, n. 616, in Giust. civ., Mass. 1984, 1970; Cass. 23 maggio 1986, n. 3448, in Mass. Giust. civ., 1986, 988, Cass. 14 gennaio 1987, n. 173, in Mass. Giust. civ., 1987, 50; Cass. 17 febbraio 1987, n. 1697, in Mass. Giust. civ., 1987, 470; Cass. 19 marzo 1991, n. 2934, in La settimana giuridica, 1991, II, 727; Cass. 22 luglio 1996, n. 6573, in Cons. Stato, 1996, II, 13 84; Coll. Collegio Arbitrale, 8 luglio 1991, Coll. Arb. 4 luglio 1994; Coll. Arb., 6 giugno 2001, in Arch. giur. oo. pp., 2002, 73.

(98) Giurisprudenza costante, ex plurimis, Cass. 10 agosto 2007, n. 17630 in Mass. Giur. it., 2007; Cass. 19 marzo 2004, n. 5540, in Foro amm. CDS, 2004, 677; Cass. 21 luglio 2004, n. 13500, ivi, 2004, 2001; Cass. 4 settembre 2004, n. 17906, ivi, 2004, 2499; Cass. 6 dicembre 2000, n. 15485, in Giur. Bollettino legisl. tecnica, 2001, 101; Cass. 24 gennaio 1997, n. 746, in Mass. Giur. it., 1997; Cass. 28 dicembre 1993, n. 12863, in Riv. Giur. Edil., 1994, I, 519; Cass. 19 maggio 1989, n. 2395, ivi, 1989, I, 887; Cass. 15 aprile 1992, n. 4563, in Arch. Giur. oo. pp., 1992, 531; Cass. 11 gennaio 1988, n. 68, ivi, 1988, 227.

(99) Cfr. Cass., Sez. I, 1° aprile 1982, n. 2006; Coll. Arb. 15 maggio 2009, n. 59, in www.appaltieriserve.it; Coll. Arb. 12 gennaio 2011, richiama l'orientamento giurisprudenziale e dottrinario in virtù del quale l'efficacia e l'idoneità delle riserve deve derivare dalla sussistenza di un loro contenuto "preciso e determinato, sia in ordine alle ragioni su cui si fondano - la cd. causa petendi, sia in ordine alla quantificazione del danno e, quindi, del petitum" cfr. Cass., Sez. I, 1° aprile 1982, n. 2006, in Giust. civ., 1982, I, 2758, con nota di Carbone; in dottrina, cfr. A. Cianflone, op. cit., 1071.

(100) Cass. 1° marzo 1982, n. 1728, in Arch. giur. oo. pp., 1982, II, 48.

(101) Sui fatti illeciti, Cass. 1° aprile 1980, n. 2097, in Arch. giur. oo. pp., 1981; l'art. 30, D.M. 19 aprile 2000, n. 145, escludeva espressamente la necessità dell'iscrizione della riserva; In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, 30 maggio 1997, n. 4851, ivi, 1997.

Parimenti è certamente sottratto all'onere di iscrizione della riserva il pregiudizio derivante all'appaltatore da errori materiali contenuti nella contabilità, poiché in questa ipotesi l'amministrazione può e deve provvedere d'ufficio a rettificarli e, se non vi provvede, l'appaltatore mantiene il diritto all'azione giurisdizionale pur in assenza di iscrizione di riserva (Cass. 6 aprile 1982, n. 2102, in Riv. Giur. Edil., 1982, I).

(102) Coll. Arb. Roma, 1 febbraio 2007, in Arch. Giur. oo. pp., 2007, 917; Coll. Arb., 6 giugno 2008, n. 70, in www.appaltieriserve.it; Coll. Arb., 19 gennaio 2010.

(103) In giurisprudenza è espresso il principio che "il registro di contabilità è l'unico documento non tenuto sul luogo dei lavori da cui emerge una visione d'insieme o unitaria dell'esecuzione dell'appalto; solo in esso si ha il dovere o onere di iscrivere le richieste dell'appaltatore a pena di decadenza, perché da esso solo è rilevabile l'incidenza che le varie vicende potranno avere sui costi dell'appalto" (Cass. 24 gennaio 1997, n. 746, in Mass. Giur. it., 1997; Cass., Sez. I, 24 marzo 2000, n. 3525, ivi, 2000; Sez. I, 10 agosto 2007, n. 17630, cit.).

(104) Cfr. Cass., Sez. I, 30 maggio 1997, n. 4851; Cass. 27 novembre 1975, n. 3958, in Mass. Giur. it., 1975, 2, 22.

(105) Coll. Arb., 23 giugno 2010 in www.appaltieriserve.it; Coll. Arb. Roma 29 luglio 2008, ivi; Coll. Arb., 6 giugno 2008, n. 70, ivi; Coll. Arb. Roma, 11 febbraio 2003, n. 7, in Arch. Giur. oo. pp., 2003, 1003; Coll. Arb. 12 luglio 2003, n. 94, ivi, 2004, 80; Coll. Arb. Roma, 4 novembre 2002, n. 45, ivi, 2002, 956; Coll. Arb. Roma, 1 aprile 1999, n. 23, ivi, 2000, 114; Coll. Arb. Roma, 3 febbraio 1999, n. 7, ivi, 2001, 2; Coll. Arb. 27 giugno 1997, ivi, 1998, 340; Coll. Arb. 28 febbraio 1995 32, ivi, 1997, 29; Coll. Arb. 9 settembre 1993, 94, ivi, 1995, 237; Corte d'Appello Roma 16 luglio 1979, in Foro it. Rep., 1981. Gli atti di definizione di specifiche questioni e il concordamento di nuovi prezzi non comportano rinuncia alle riserve e le eventuali rinunce in essi effettuate per accadimenti futuri non adeguatamente noti o prevedibili sono nulle (così Coll. Arb., 10 novembre 2010, in www.appaltieriserve.it; Coll. Arb. Roma. 24 luglio 2002, ivi). In particolare è stato chiarito in giurisprudenza che la sottoscrizione di un atto aggiuntivo al contratto principale non costituisce rinunzia implicita alle riserve precedentemente iscritte, salvo che quell'atto non contenga l'accettazione di pattuizioni incompatibili con le riserve; mentre è da considerare sicuramente rinunzia implicita la mancata conferma delle riserve sul conto finale (cfr. Cass., Sez. I, 3 novembre 2000, n. 14361, in App. urb. ed., 2002, 36; Cass., Sez. I, 12 novembre 2000, n. 13589, in questa Rivista, 2001, 741.

(106) Coll. Arb., 6 giugno 2008, n. 70, cit. Cfr. Cass. 24 marzo 2000, n. 3525, cit. "se è certo che una contabilità irricostruibile o informe non è il registro (Cass. 22 luglio 1996, n. 6569), tale non può essere qualsiasi documento contabile dal quale non risulti una visione complessiva delle opere eseguite secondo il loro ordine cronologico e quindi del rilievo che eventuali variazioni di esse possono avere sui costi dell'appalto

per ambedue le parti del contratto; è evidente quindi che un documento a fogli scomposti non può integrare il registro neppure provvisoriamente. In assenza del registro, l'appaltatore avrà la 'facoltà' non l'onere "all'atto della firma d'inscrivere in succinto in quei documenti contabili che devono essere da lui firmati le riserve e le domande che crederà del proprio interesse", e in tal caso "le domande e le riserve ... non avranno efficacia e saranno considerate come non avvenute ove non siano ripetute nel registro di contabilità nei termini e modi indicati nei precedenti artt. 53 e 54" (art. 89, R.D. n. 350/1895), una volta che lo stesso sia stato istituito. Solo con l'istituzione del registro sorge il dovere di iscrivere le riserve relative ai lavori eseguiti in precedenza"; cfr. Cass., Sez. I, 8 ottobre 2010, n. 20880, secondo cui l'onere della riserva non può essere più preteso soltanto allorché il registro di contabilità non sia stato istituito e manchi del tutto; ovvero nel caso in cui la contabilità risulti informe ed irricostruibile, cioè non consacrata in quei registri ed inidonea a consentire il riscontro dei titoli di spesa e delle spettanze riconosciute dalla stazione appaltante.; conf. Cass., Sez. I, 28 novembre 2013, n. 26673.

(107) Cfr. Cass. 5 ottobre 1990, n. 9830, in Rass. Avv. Stato, 1992, 248; Cass. 20 settembre 1992, n. 9854, in Riv. Corte Conti, 1992, I, 150; Cass. 1° dicembre 1999, n. 13339, in Cons. Stato, 2000, II, 634; Cass. 17 febbraio 1987, n. 1697, in Mass. Giust. civ., 1987, 470; Cass. 19 marzo 1991, n. 2934, Set. Giur., 1991, II, 727; Cass. 22 luglio 1996, n. 6573, in Cons. Stato, 1996, II, 1384.

(108) Cass., Sez. I, 24 maggio 2012, n. 8242 che richiama Cass. 5 maggio 1998, n. 4502; Coll. Arb. 25 giugno 2012, in www.appaltieriserve.it: "La giurisprudenza arbitrale formatasi sul punto ha affermato che nel caso in cui l'appaltatore non abbia iscritto riserva nel registro di contabilità, tale riserva costituisce comunque oggetto di esame in sede arbitrale se l'Ente appaltante non abbia sottoposto il detto registro di contabilità all'impresa (e in caso di fallimento al curatore) per la relativa sottoscrizione" (Collegio Arbitrale 26 ottobre 2009; Collegio Arbitrale 8 aprile 1999). Pertanto, qualora l'impresa non abbia la disponibilità del registro di contabilità, pur essendosi adoperata per ottenerne l'esibizione, ... non si possono ritenere irrituali riserve comunicate a mezzo atto stragiudiziale, essendo quest'ultimo l'unico strumento utile a rappresentare alla stazione appaltante le proprie richieste"; Cass., Sez. I, 28 maggio 2003, n. 8540; Coll. Arb., 13 gennaio 2009, in www.appaltieriserve.it.

(109) Cass., Sez. I, 20 giugno 2000, n. 8384, in Mass. Giur. it., 2000.

(110) Cass., Sez. I, Sent., 24 maggio 2012, n. 8242.

(111) Per un'approfondita disamina del rapporto tra i due oneri funzionalmente collegati e condizionantesi a vicenda, cfr. A. Cianflone, op. cit., 1060.

(112) Nella previgente disciplina l'onere, a pena di decadenza, della formalizzazione della riserva sul primo atto contabile idoneo a riceverla, è stato considerato in base al

combinato disposto dell'art. 1, comma 2, e dell'art. 31, comma 2, D.M. n. 145 del 2000, di carattere imperativo con conseguente nullità della clausola del capitolato speciale che imponeva quale modalità di formalizzazione delle riserve una raccomandata a.r., che prescinde dalla formazione di un atto da parte del Committente (Coll. Arb., 29 marzo 2010, n. 43, in www.appaltieriserve.it).

(113) In tal senso P. Santoro - V. Caprioli, Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici, a cura di L. Giampaolino - M.A. Sandulli - G. Stancanelli, Milano, 2001, 526, i quali sottolineano che il profilo amministrativo accentuato dalla introdotta prescrizione sull'indicazione delle ragioni, per cui tale potere discrezionale non potrebbe mai essere neutralizzato dal giudice ordinario con un provvedimento cautelare d'urgenza, ma semmai davanti al giudice amministrativo.

(114) Corte conti, Sez. giur. reg. Campania, 16 luglio 2003, n, 98, in Riv. Corte conti, 2003, fasc. 4, 122; nella fattispecie esaminata, relativa ai lavori di costruzione di un ospedale, non potevano ricondursi al concetto di circostanze eccezionali, di cui alla norma citata, la mancata tempestiva predisposizione di allacciamenti idrici ed elettrici.

(115) Cass. 17 marzo 1982, n. 1728 in Rass. Avv. Stato, 1985, I, 190 con osservazioni di P. Vittoria, La sospensione dei lavori disposta per ragioni di pubblico interesse necessità e suo perdurare oltre il limite dell'art. 30, comma 2 d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, sottolinea che "la sospensione non viene disposta a seguito di scelta discrezionale dell'amministrazione, ma è condizionata, con vincolo assoluto, dall'esistenza di adeguati presupposti che, pur senza essere tassativamente elencate dalle norme, si riflettono sulla realizzazione dell'opera, in un arco temporale circoscritto".

(116) Cass. 14 aprile 1993, n. 4444, in Giur. it., 1994, I, 1, 1074; Cass. 11 aprile 2002, n. 5135; Cass. 4 febbraio 2000, n. 1217; Cass. 8 giugno 2007, n. 13509; Cass. 22 luglio 2004, n. 13643; Coll. Arb. 7 febbraio 1989, n. 7, in Arch. Giur. oo. pp., 1990, 74; Coll. Arb. 8 luglio 1994, n. 129, ivi, 1996, 1998; Coll. Arb. Firenze, 27 giugno 1997, ivi, 1998, 340; Coll. Arb. 2 settembre 1993, ivi, 1994, 430. In dottrina in tal senso, P. Carbone, La disciplina della sospensione dei lavori e della sospensione dell'esecuzione del contratto nel d. P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in Riv. Trim. App., 2/2011, 297.

(117) Cass. 29 aprile 2006, n. 10052, in Nuova giur. civ. comm., 2007, 1, 1, 1, con nota di Chindemi; Cass., Sez. Il, 22 maggio 1998, n. 5112, in Mass. Giur. it., 1998, nello stesso senso, anche la giurisprudenza arbitrale, tra cui, in particolare, si segnalano Coll. Arb., 15 maggio 2009, n. 59, in www.appaltieriserve.it, Coll. Arb. Roma, 6 luglio 2005, in Arch. Giur. oo. pp., 2006, 6; ColI. Arb. Roma, 12 luglio 2002, ivi, 2003, 871, 6; Coll. Arb. Roma, 14 ottobre 2002, ivi, 2003, 948.

(118) Coll. arb., 29 novembre 1990, in Arch. giur. oo. pp., 1991, 2023; Coll. arb., 20 maggio 1985, ibidem, 1986, 1145; Coll. arb., 1° luglio 1983, ibidem, 1984, 58.

(119) È stato costantemente affermato dalla giurisprudenza che "in tema di sospensione dei lavori, l'interruzione per carenza di fondi non è riconducibile tra le legittime sospensioni nelle quali il committente resta esonerato da qualunque indennizzo" (cfr. Coll. Arb., Roma, 14 maggio 2010, n. 68 in www.appaltieriserve.it; 7 luglio 2010, n. 93, ivi; 27 dicembre 2007, n. 170 e 26 luglio 2006, n. 33, ivi; 14 dicembre 2010, n. 160, ivi; 30 novembre 2004 e 25 novembre 2003, n. 131, ivi; 29 ottobre 2013, ivi.

(120) Cfr. Cass. 16 giugno 2010, n. 14574; Cass. 15 luglio 2011, n. 15659 che sottolinea come "facendo applicazione dei criteri generali di cui all'art. 1218 c.c., in materia di responsabilità per l'inadempimento, è onere del committente provare la sussistenza delle ragioni di pubblico interesse o necessità idonee a giustificare la sospensione dei lavori. Difatti, in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisca per il risarcimento del danno deve solo provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, sulla quale grava l'onere della non imputabilità dell'inadempimento; è invece pacifico che l'appaltatore ha diritto a chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni, rendendosi applicabile al caso la normativa codicistica generale in tema di inadempimento alle obbligazioni, tutte le volte in cui la sospensione dei lavori sia da considerare illegittima" (cfr. Coll. Arb., 29 luglio 2011, in www.appaltieriserve.it).

(121) Cfr. la giurisprudenza richiamata alla nota precedente e Coll. Arb. 16 giugno 2015, in www.appaltieriserve.it.

(122) Pertanto il numero di giorni corrispondenti al nuovo termine è determinato dal prodotto dei giorni di sospensione per il rapporto tra ammontare dei lavori non eseguiti per effetto della sospensione parziale e l'importo totale dei lavori previsto nello stesso periodo secondo il cronoprogramma.

(123) Il Consiglio di Stato nel parere n. 02282/2016 del 3 novembre 2016 reso sullo schema di D.M. di approvazione delle linee guida aveva rilevato l'inopportunità di prevedere un termine fisso di cinque giorni entro il quale il direttore dei lavori è tenuto a redigere il verbale di ripresa dei lavori, ritenendo preferibile un riferimento temporale più elastico come previsto nel previgente Regolamento n. 207/2010 ("non appena venute a cessare le cause della sospensione"). L'ANAC nella Relazione illustrativa della proposta di regolamento del 15 dicembre 2016, ha motivato di non poter accogliere tale suggerimento in considerazione del fatto che sussiste una differenza nella disciplina contenuta nel previgente Reg. n. 207/2010 e rispetto al nuovo codice in quanto "L'art. 158, co. 6, del Regolamento prevedeva, infatti, la redazione del verbale di ripresa dei lavori da parte del direttore dei lavori e che quest'ultimo indicasse in tale verbale anche il nuovo termine contrattuale, inviandolo successivamente al Rup. L'art. 107, co. 3, del nuovo codice prevede, invece, che il RUP dispone la ripresa dell'esecuzione, indicando il nuovo termine contrattuale. Pertanto

l'Autorità ritiene che la redazione del verbale di ripresa debba continuare ad essere di competenza del direttore dei lavori. Tuttavia, dal momento che quest'ultimo nel vigente quadro normativo necessita della disposizione del Rup e della indicazione da parte sua del nuovo termine contrattuale, si è ritenuto di utilizzare il precedente riferimento temporale ('non appena siano venuto a cessare le cause di sospensione') per regolare i tempi della comunicazione del direttore dei lavori al Rup sulla cessazione delle cause della sospensione, finalizzata all'adozione della disposizione di ripresa dei lavori. Mentre, per la redazione del verbale, è stato previsto un termine breve (di cinque giorni dalla disposizione di ripresa dei lavori) proprio in considerazione della presenza di un passaggio preliminare (l'ordine di ripresa dei lavori da parte del Rup) non richiesto dalla norma previgente)".

(124) Cass., Sez. I, 27 ottobre 2016, n. 21734, ha chiarito che nei casi in cui "la sospensione dei lavori non presenti immediata rilevanza onerosa, o in quella in cui la sospensione, originariamente legittima, diventi solo successivamente illegittima, la riserva andrà apposta nel verbale di ripresa dei lavori o, in mancanza, nel registro di contabilità successivamente firmato, ovvero, in caso di ulteriore mancanza anche di quest'ultimo registro, essere tempestivamente comunicata all'Amministrazione mediante apposito atto scritto".

(125) Cass. 24 aprile 1980, n. 2479, in Giur. it., 1982, I, 1784, con nota di Moscati. In dottrina L. Bigliazzi Geri - U. Breccia - F. D. Busnelli - U. Natoli, Diritto civile - Vol. 3 Obbligazioni contratti, Torino, 1989, 162; R. Sacco-G. De Nova, Il contratto, in Trattato, Rescigno, 10, II ed., 1982, 301 ss.; F. Gerbo, Clausola penale e danno, in Riv. dir. civ., 1983, II, 206 ss.

(126) Cass., SS.UU., 12 dicembre 1994, n. 10596, in Arch. Giur. oo. pp., 1995, 659; Cass. 24 febbraio 1988, n. 1962, ivi, 1988, 289; Cass. 8 novembre 1984, n. 5637, ibidem, 1985, I, 138; Cass. 21 dicembre 1984, n. 6694, ibidem, 1985, I, 479; Cass. n. 11216/2001, n. 11218/2001, n. 563/2005. In dottrina, G. Sicchiero, Le clausole di rinvio fisso il rinvio mobile alla disciplina esterna al contratto, commento a Cass., Sez. II, 4 febbraio 2004, n. 2111, in Contr. e impr., 2004, 3, 1027, in particolare per ciò che concerne il problema l'interpretazione della clausola di rinvio o riproduttiva di disposizioni di legge, ovvero se debba effettuarsi secondo le regole di interpretazione della legge o del contratto.

(127) In tal senso, M. Mazzone e C. Loria, Manuale di diritto dei lavori pubblici, Roma, 2000, 491. In giurisprudenza è stata negata l'operatività di una clausola penale ex art. 1382 c.c. finalizzata una determinazione forfettaria del risarcimento del danno con riferimento a obbligazioni aventi natura extra contrattuale da Cass. 16 marzo 1988, n. 2468, in Nuova giur. civ. comm., 1988, 734, con nota di Cherubini. In ogni caso in dottrina (A. De Cupis, Il danno, I, Milano, 1979, 520 e V.M. Trimarchi, La clausola penale, Milano, 1954, 33 e 42 ss.) si ritiene che l'operatività della clausola penale possa estendersi non solo alla violazione di obblighi diversi dal contratto ma

anche per la violazione di doveri di correttezza posti a carico delle parti nella fase di formazione del contratto.

(128) Cfr. Coll. Arb. 11 febbraio 1998, n. Il, in Arch. Giur. oo. pp., 2000, 48; 10 giugno 1998, n. 55, ivi, 2000, 323; 10 dicembre 1993, n. 127, ivi, 1995, 571; 9 ottobre 1996, n. 147, ivi, 1998, 1065; 1° agosto 1997, n. 75, ivi, 1999, 881; 26 febbraio 2002, ivi: "Le spese generali risultano determinate in misura proporzionale al prezzo di appalto, in relazione alla natura ed all'importanza dei lavori, nonché alla durata del contratto; pertanto, ad ogni giorno di durata contrattuale corrisponde un determinato onere a titolo di spese generali, che viene sostenuto dall'appaltatore in ogni caso, a prescindere dalla produzione effettivamente realizzata".

(129) Cfr. in particolare Coll. Arb. 11 gennaio 2002, in Arch. Giur. oo. pp.; 26 febbraio 2002, ivi, 2003; 11 gennaio 2002, ivi, nonché Coll. Arb., 10 gennaio 2008, n. 4, in www.appaltieriserve.it; App. Roma, Sez. I, 6 settembre 2010, n. 3413, in www.appaltieriserve.it ha statuito per ciò che concerne la determinazione delle spese generali giornaliere e del mancato guadagno nel periodo di sospensione come "appare corretto che tali parametri siano stati computati partendo, come base del calcolo dall'importo del contratto e non all'ammontare dei lavori residui al momento della sospensione. Diversamente opinando l'entità delle spese generali giornaliere ed il guadagno giornaliero non sarebbe fissa, ma varierebbe a seconda dell'entità dei lavori ancora da eseguire".

(130) Cass. 23 giugno 2000, n. 8532; Coll. Arb. 13 marzo 1992, n. 33, in Arch. giur. oo. pp., 1993, 243.

(131) Così M. Mazzone, La contabilità dei lavori e collaudo, in Riv. trim app., 1/2001, 8. Sulla contabilità resta fondamentale il contributo di A. Cianflone, L'appalto di opere pubbliche, cit., 779 ss., aggiornato nel testo A. Cianflone - G. Giovannini - V. Lopilato, op. cit., 2037 ss. Cfr. pure F. De Luca, in L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici, cit. 741 ss. e, per un approfondito taglio tecnico, A. Valentinetti, La pratica amministrativa e contabile nella condotta di opere pubbliche, XVIII ed., 2010, Biblioteca Tecnica Vannini, Assago (MI).

(132) L'art. 59 comma 5-bis del codice, dispone: "In relazione alla natura dell'opera, i contratti per l'esecuzione dei lavori pubblici sono stipulati a corpo o a misura, o in parte a corpo e in parte a misura. Per le prestazioni a corpo il prezzo offerto rimane fisso e non può variare in aumento o in diminuzione, secondo la qualità e la quantità effettiva dei lavori eseguiti. Per le prestazioni a misura il prezzo convenuto può variare, in aumento o in diminuzione, secondo la quantità effettiva dei lavori eseguiti. Per le prestazioni a misura il contratto fissa i prezzi invariabili per l'unità di misura". Quindi abbandona la preferenza per l'appalto a corpo sancita dall'art. 53, comma 4, che limitava la possibilità del ricorso all'appalto a misura alle ipotesi di contratti di sola esecuzione di importo inferiore a 500.000 euro, relativi a manutenzione, restauro

e scavi archeologici, nonché le opere in sotterraneo, ivi comprese le opere in fondazione, e quelle di consolidamento dei terreni.

(133) M. Mazzone, op. cit., 11.

(134) Tale ampliamento, più in particolare, è stato effettuato con l'art. 242, comma 1, L. 30 ottobre 2014, n. 1613, norma di interpretazione autentica dell'art. 2, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 231/2002, come sostituito dal D.Lgs. n. 192/2012, e quindi con efficacia retroattiva, preceduta dalla circolare interpretativa del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero infrastrutture del 23 gennaio 2013, n. 12934, contenente alcune essenziali linee interpretative - operative in merito al raccordo fra la normativa codicistica - regolamentare e la disciplina ex D.Lgs. n. 231/2002, s.m.i. Per una disamina più compiuta, L. Graziuso, Gestione dei pagamenti nei lavori pubblici, ed. Legislazione tecnica, 2016.

(135) L'ANAC già nelle Linee Guida n. 3 di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", pubblicate sulla G.U. 22 novembre 2016, n. 228, aveva previsto che il RUP "a)- previa verifica della regolarità contributiva dell'impresa esecutrice, emette il certificato di pagamento entro il termine di sette giorni dalla ricezione del SAL da parte del DL e b)- lo invia alla stazione appaltante per l'emissione del mandato di pagamento. Quest'ultima emette il mandato entro 30 giorni dalla data di rilascio del certificato di pagamento, oppure dalla data di ricezione della fattura o della richiesta equivalente di pagamento qualora successiva alla data di rilascio del certificato di pagamento".

(136) Cass. 15 gennaio 1973, n. 113, in Riv. Giur. Edil., 1973, I. I lavori in economia risultavano contemplati dagli articoli 329 legge n. 2248 All. F del 1865, 8 del R.D. 8 febbraio 1923, n. 422, 19 del R.D. n. 350 del 1895, 16 e 28 del d.P.R. n. 1063 del 1962.

(137) A. Cianflone, L'appalto di opere pubbliche, cit., 629, 288 che richiama Coll. Arb. 2 luglio 1940, in Arch. Giur. oo. pp., I, 73, sulla conseguente responsabilità della stazione appaltante per i danni arrecati dagli operai nell'esecuzione dei lavori in economia sotto la vigilanza del personale della stazione appaltante. L'Autore richiama anche il sistema previgente che contemplava anche quale ulteriore modalità di lavori in economia quella in cui la prestazione dell'appaltatore consisteva nell'anticipazione delle somme occorrenti per pagare gli operai ingaggiati dall'amministrazione e i suoi fornitori una specie di servizio di cassa per conto di quest'ultima, modalità da tempo venuta meno.

(138) A. Cianflone, op. ult. cit., 631, che richiama Coll. Arb., 7 gennaio 1964, in Urb. e app., 1967, 46 (10).

(139) L'appaltatore firmava le liste settimanali nelle quali erano specificati i lavori eseguiti con operai e mezzi da lui forniti, specificandosi anche che ciascuna assistente

preposto alla sorveglianza dei lavori predisponeva una lista separata e le stesse liste potevano essere distinte secondo la speciale natura delle somministrazioni quando queste avessero una speciale importanza.

(140) Nel senso del carattere eccezionale della possibilità di eseguire i lavori in economia, con riferimento al previgente art. 19, comma 1, L. n. 109 del 1994 e dagli artt. 142-148 del Reg. 554, U. Tomasicchio, Commento al regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici, cit. 648, con la conseguenza che le relative previsioni devono essere interpretate restrittivamente.

(141) La norma prevedeva: "1. 1. I lavori in economia a termini di contratto, non danno luogo ad una valutazione a misura, ma sono inseriti nella contabilità secondo i prezzi di elenco per l'importo delle somministrazioni al netto del ribasso d'asta, per quanto riguarda i materiali. Per la mano d'opera, trasporti e noli, sono liquidati secondo le tariffe locali vigenti al momento dell'esecuzione dei lavori incrementati di spese generali ed utili e con applicazione del ribasso d'asta esclusivamente su questi ultimi due addendi". L'art. 178 in relazione al quadro economico di progetto contemplava una specifica voce sui lavori in economia previsti in progetto ma esclusi dall'appalto specificando che (comma 2) per disporre di tali somme era necessaria l'autorizzazione delle stazioni appaltanti.

(142) Il comma 5 prevede i seguenti documenti da allegare al conto finale:

a) il verbale o i verbali di consegna dei lavori;

b) gli atti di consegna e riconsegna di mezzi d'opera, aree o cave di prestito concessi in uso all'esecutore;

c) le eventuali perizie di variante, con gli estremi della intervenuta approvazione;

d) gli eventuali nuovi prezzi ed i relativi verbali di concordamento, atti di sottomissione e atti aggiuntivi, con gli estremi di approvazione e di registrazione;

e) gli ordini di servizio impartiti;

f) la sintesi dell'andamento e dello sviluppo dei lavori con l'indicazione delle eventuali riserve e la menzione delle eventuali transazioni e accordi bonari intervenuti, nonché una relazione riservata relativa alle riserve dell'esecutore non ancora definite;

g) i verbali di sospensione e ripresa dei lavori, il certificato di ultimazione dei lavori con l'indicazione dei ritardi e delle relative cause;

h) gli eventuali sinistri o danni a persone, animali o cose con indicazione delle presumibili cause e delle relative conseguenze;

i) i processi verbali di accertamento di fatti o di esperimento di prove;

l) le richieste di proroga e le relative determinazioni del RUP, ai sensi dell'articolo 107, comma 5, del codice;

m) gli atti contabili, ossia i libretti delle misure e il registro di contabilità;

n) tutto ciò che può interessare la storia cronologica dell'esecuzione, aggiungendo tutte le notizie tecniche ed economiche che possono agevolare il collaudo.

(143) A. Cianflone, op. cit., 787. Cass., Sez. I, 24 novembre 2005, n. 24825, configura la sottoscrizione senza riserva del conto come presunzione di accettazione del conto, di natura relativa, superabile con la prova di una positiva volontà dell'appaltatore contraria alla rinuncia alle pretese oggetto di riserva.

(144) A. Cianflone, op. cit., 785, Cass. 15 giugno 1964, n. 1518, in Mass. Foro it., 1964, 395, ivi richiamata.

(145) Artt. 114, 155, 156, 163, 164, 168 e 169 del d.P.R. n. 554 del 1999.

(146) Cass. 15 giugno 1964, n. 1518, in Mass. Foro it., 1964, 395, Cass. 6 marzo 1980, n. 1513, ibidem, 1980, 295; resta valida l'osservazione di A. Cianflone - G. Giovannini, L'appalto di opere pubbliche, cit., 939, che il pagamento degli acconti ha quindi sempre carattere provvisorio, non costituisce solutio, e non implica alcun riconoscimento del credito dell'appaltatore, riconoscimento che avverrà solo in sede di approvazione del collaudo.