

ANCE – AIES SALERNO

CAMERA AMMINISTRATIVA SALERNITANA

Imprese e professioni a confronto

ooooo

Corso di approfondimento

Costruire oggi: quali novità ? Confronto a più voci

ooooo

Modulo 2

Suap e procedimento di conferenza di servizi ex artt. 14 e ss. L. n. 241/90

Semplificazioni procedurali

ooooo

Camera di Commercio Industria Artigianato ed Agricoltura di di Salerno

25 giugno 2018

Relatore: avv. Maurizio Avagliano

IL DISSENSO NELLA CONFERENZA DI SERVIZI

I) PREMESSA

Chi mi ha preceduto ha chiarito che la conferenza di servizi è uno strumento di accelerazione e semplificazione dell'attività amministrativa. La conferenza di servizi è stata definita dal Consiglio di Stato come un *“modulo di semplificazione sul versante organizzatorio e procedimentale che mira al miglior raccordo delle amministrazioni nei procedimenti pluristrutturali e ad un'ottimizzazione anche temporale dei procedimenti destinati a concludersi con decisioni connotate da profili di complessità.”*

Introdotta dalla L.241/90 che ne delinea minuziosamente i vari aspetti e le modalità di svolgimento agli artt. 14 segg., la conferenza di servizi costituisce l'applicazione pratica del principio di buon andamento della pubblica amministrazione impresso con l'art. 97 della Costituzione poiché persegue l'obiettivo dell'ottimizzazione temporale dell'intero procedimento, permettendo alle Amministrazioni partecipanti valutazioni contestuali in riferimento a procedimenti particolarmente complessi anziché in tempi e luoghi diversi.

II) LE MODIFICHE DELL'ORIGINARIO IMPIANTO NORMATIVO DELLA CONFERENZA DI SERVIZI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL DISSENSO.

La disciplina dell'intera conferenza di servizi è stata oggetto di profonde modifiche nel corso degli anni, di recente con il D.lvo 127/2016; nella presente analisi, ci si soffermerà **sul tema del dissenso**.

II.I) DALLA LEGGE 241/90 ALLA LEGGE 15 DEL 2005

Una prima importante modifica è stata introdotta dalla L. 15/2005 che **ha eliminato il c.d dissenso postumo**, con conseguente irrilevanza del parere negativo espresso *ex post* ossia alla conclusione della conferenza stessa.

L'orientamento dottrinale prevalente criticò il dissenso postumo non garantisse la natura dichiarativa propria di tale parere poiché, nei trenta giorni successivi alla conclusione della conferenza, le amministrazioni – sia presenti che assenti – non espressesi in quella sede, avrebbero potuto sovvertire l'orientamento adottato dalla maggioranza. Ne conseguiva la natura “*variegata o promiscua*” del predetto parere - costitutiva o dichiarativa o meramente confermativa - in base al numero delle amministrazioni rimaste silenti all'esito della conferenza stessa. Sicché, il principale rischio prospettato dalla dottrina più attenta e dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato consisteva nel potenziale ribaltamento delle decisioni assunte in conferenza potendo giungere, *in extremis*, alla nullità delle stesse.

Alla luce delle siffatte considerazioni, il dissenso postumo **diventa dal 2005 *tamquam non esset***, in quanto l'Amministrazione procedente deve agire come se non fosse mai stato espresso, ovvero considerandolo un mero tentativo ostruzionistico non corredato da alcun apporto costruttivo. Secondo la dottrina maggioritaria, infatti, attraverso il richiamo a tale categoria, il legislatore ha voluto espressamente sanzionare l'Amministrazione silente con la “decadenza da ogni diritto di interlocuzione” (decadenza per mancato esercizio del potere).

II.II) - ...AL D.LVO 127/2016

Veniamo, ora, alle modifiche più recenti apportate dal D.lgs 127/2016 (adottato in attuazione dell'art. 2 della Legge delega n. 124 del 2015, nota anche come “Legge Madia”, con la quale è stata conferita delega al Governo in materia di *riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche*).

La riforma segna (almeno per il momento) anche sul tema del dissenso in conferenza di servizi l'approdo di un percorso che è stato caratterizzato da un'oculata ponderazione tra gli interessi tutelati dalle norme costituzionali e dai principi fondanti della Legge n. 241/1990 e l'esigenza di garantire un procedimento celere anche dal punto di vista sostanziale.

Nel quadro normativo antecedente al 2016, in caso di dissenso di una delle Amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili, l'Amministrazione **procedente aveva l'obbligo di rimettere la questione al Consiglio dei Ministri, con tutte le relative conseguenze in termini di aggravamento del procedimento** (la previgente previsione normativa era stata introdotta dal D.L. n. 78/2010, conv. nella L. 122/2010). Nel nuovo sistema, invece, **l'intervento del Consiglio dei Ministri va richiesto attraverso il nuovo istituto dell'opposizione**, del quale si tratterà meglio più avanti.

La **ratio** che presiede alla significativa modifica apportata dal D.Lvo. n. 127/2016 è la stessa che ha condotto all'introduzione – nel testo della Legge sul procedimento amministrativo – dell'art. 17 bis e, in particolare, del comma 3 della predetta disposizione. In effetti, le ragioni e le finalità che hanno condotto il Legislatore ad istituzionalizzare il silenzio-assenso per gli “*assensi, concerti o nulla osta comunque denominati*” anche se provenienti dalle “*amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini*” – sono quelle della semplificazione e dell'accelerazione dei procedimenti, cioè le

stesse che hanno dato vita al **nuovo regime del dissenso in conferenza di servizi**, attraverso l'introduzione di un canone che può dirsi certamente "*parallelo*" alla previsione normativa oggetto della presente riflessione.

L'ispirazione che ha prodotto il derivato normativo attualmente vigente pare trovare un ancoraggio nel fondamentale argomento espresso dalla nota **sentenza della Corte Costituzionale n. 85/2013 – resa sul caso ILVA di Taranto** – con la quale si è affermato **principio** (nel caso esaminato dalla pronuncia del Giudice delle Leggi relativo ai diritti fondamentali, ma certamente applicabile in tutte le ipotesi in cui esistano vicende caratterizzate dalla concorrenza di posizioni giuridiche pubbliche e private divergenti) della **necessità di garantire un rapporto di integrazione reciproca delle diverse posizioni delle parti (nel caso della Conferenza di servizi, differenti interessi pubblici)** ed esclude la prevalenza assoluta di una posizione giuridica sulle altre. **La Corte precisa che la tutela degli interessi concorrenti deve essere sistematica e non frazionata e/o isolata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro.**

III) LE DIVERSE POSIZIONI DELLE AMMINISTRAZIONI PARTECIPANTI ALLA CONFERENZA DI SERVIZI – LA DETERMINAZIONE MOTIVATA – IL DISSENSO QUALIFICATO

Esaminiamo in maniera essenziale la **scansione procedimentale** relativa ai lavori successivi all'indizione della conferenza di servizi.

III.I) 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** (comma 3, art. 14 ter L. n. 241/1990).

III.II) All'esito dell'**ultima riunione**, e comunque **non oltre il termine di cui al comma 2 dell'art. 14 ter (45 o 90, a seconda degli interessi pubblici coinvolti nel procedimento)**, l'amministrazione procedente adotta la **determinazione motivata di conclusione della conferenza**, con gli effetti di cui all'articolo **14-quater**, sulla base delle **posizioni prevalenti** espresse dalle **amministrazioni partecipanti alla conferenza tramite i rispettivi rappresentanti**.

Si considera **acquisito l'assenso senza condizioni**:

- a) per le amministrazioni il cui rappresentante **non abbia partecipato** alle riunioni;
- b) per le amministrazioni il cui rappresentante abbia partecipato, **ma non abbia espresso ai sensi del comma 3 la propria posizione**;
- c) per le amministrazioni il cui rappresentante **abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza**.

In sostanza, la determinazione motivata può essere:

- 1) **unanime**, e in questo caso acquista **immediatamente efficacia**;
- 2) **sulla base delle posizioni prevalenti**.

III.III) Cosa succede se durante lo svolgimento della conferenza di servizi viene manifestato il dissenso da parte di una o più amministrazioni partecipanti?

Va prima di tutto chiarito che le amministrazioni regolarmente convocate devono manifestare il proprio **dissenso motivatamente** in sede di conferenza di servizi, a pena di inammissibilità. Da ciò si evincono i caratteri essenziali del dissenso che può essere solo:

-qualificato;

-motivato;

-costruttivo, deve contenere cioè la **critica costruens**, volta ad indicare le modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso.

Pertanto, **in assenza di tali connotati imprescindibili, il dissenso è inammissibile**, ovvero equivale ad assenso. Sul punto, anche la Giurisprudenza amministrativa è da tempo concorde nell'affermare che il dissenso espresso da un'Amministrazione che partecipa ad una conferenza di servizi deve rispondere ai **principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa**, in conformità:

- all'esigenza dell'effettivo perseguimento degli obiettivi di semplificazione e di accelerazione dell'azione amministrativa,
- al principio di **leale collaborazione** cui pure devono essere improntati i rapporti tra le varie pubbliche amministrazioni. (ex multis, Consiglio di Stato sez. V, 23 maggio 2011, n. 3099).

III.III) IN PARTICOLARE: COSA E' CAMBIATO CON LE NOVITÀ APPORTATE DAL D.LVO 127/2016

A) Nel nuovo regime normativo introdotto dal D.Lvo n. 127/2016 l'eventuale dissenso di amministrazioni – anche se deputate alla tutela di interessi primari - **non può avere una diretta efficacia interdittiva** nei confronti di altre amministrazioni e **non può, di per sé, impedire l'adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento**. Infatti, se la determinazione è assunta in base alle posizioni prevalenti la sua efficacia non è esclusa, ma **è solo sospesa**, per consentire l'eventuale esperimento dell'**opposizione da parte delle Amministrazioni dissenzienti**.

Va, a questo punto, evidenziata la differenza tra:

- le amministrazioni non preposte alla tutela di “interessi qualificati”;
- **le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini**.

A queste ultime, ai sensi del primo comma dell'art 14-quinquies della l.241/90 è data la possibilità di proporre **opposizione** – nel termine di 10 giorni dalla comunicazione della determinazione di conclusione motivata della conferenza - al **Presidente del Consiglio dei Ministri**, sempre che dette Amministrazioni **abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza.**

B) Natura dell'opposizione.

Possiamo considerare la (*eventuale*) fase dell'opposizione come una sorta di **fase integrativa dell'efficacia** poiché la norma prevede la sospensione dell'efficacia della determinazione fintantoché l'organo di indirizzo politico non si esprima. Sembra accogliere tale osservazione la giurisprudenza del Consiglio di Stato quando chiarisce che l'effetto di un tale dissenso qualificato espresso a tutela di un interesse sensibile è quello di spogliare in termini assoluti l'amministrazione procedente della sua competenza a procedere, rimettendo gli atti – come fatto dovuto – a diversa Autorità, ossia, all'amministrazione statale centrale; *“nessun potere ha l'amministrazione procedente circa il vaglio di quel dissenso qualificato, se non quello formale di presa d'atto ai fini della devoluzione della decisione al suddetto superiore livello.”*

C) Il subprocedimento innestato con l'opposizione.

L'art. 14-quinquies comma 4 stabilisce che la Presidenza del Consiglio dei ministri indice per una data non posteriore al **quindicesimo giorno** successivo alla ricezione dell'opposizione, una riunione con la partecipazione delle amministrazioni che hanno espresso il dissenso e delle altre amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza. In tale riunione i partecipanti formulano proposte, in attuazione del principio di leale collaborazione, per l'individuazione di una soluzione condivisa, che sostituisca la determinazione motivata di conclusione della conferenza con i medesimi effetti. Al termine di tale riunione, nel caso in cui non sia stata raggiunta l'intesa, la questione è rimessa al Consiglio dei ministri con l'aggiunta dei Presidenti delle regioni o delle province autonome interessate.

I possibili esiti sono:

- a) **mancato accoglimento dell'opposizione: la determinazione motivata di conclusione della conferenza è definitivamente efficace;**
- b) **accoglimento parziale: modificazione del contenuto della determinazione, anche in considerazione degli esiti delle riunioni;**

Va evidenziato che **non è menzionata espressamente l'ipotesi di accoglimento integrale dell'opposizione e nulla si dice sulla determinazione che potrà in tale ipotesi assumere l'amministrazione procedente.**

Il “silenzio” della norma sulla c.d. “*opzione zero*”, va inteso certamente come espressione di un *favor* per la decisione positiva o, comunque, per una decisione che costituisca il risultato di una pervicace richiesta di contemperamento degli interessi coinvolti.

Tenuto conto della predetta **prospettiva di fondo** della norma, si può ritenere che la mancata previsione normativa dell'ipotesi di “*accoglimento integrale*” dell'opposizione dimostri la volontà di lasciare alla

discrezionalità dell'amministrazione precedente la valutazione degli effetti sostanziali della delibera di accoglimento di opposizione.

In ogni caso, non può negarsi che **l'accoglimento integrale** dell'opposizione sancisce l'impraticabilità di "quella" decisione su cui si è avuto il confronto conferenziale e, quindi, esaurita l'intera operazione amministrativa, ci si dovrà orientare, eventualmente, verso una soluzione diversa o, in alternativa, verso il contenzioso giurisdizionale.

IV) IL RICORSO ALLA CORTE COSTITUZIONALE DELLA PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI AVVERSO LA LEGGE REGIONALE LOMBARDIA N. 36/2017: UN "TENTATIVO DI RESTAUZIONE DELL'IMPRINTING POLITICO" ?

Particolarmente significativo – oltre che molto attuale – è il caso che ora andiamo ad esaminare.

Con il ricorso del **15 febbraio 2018 n.13** proposto innanzi alla Corte Costituzionale, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 10, comma 1, lett. d), n. 9 e 2, comma 1, lett. b) della legge della Regione Lombardia 12 dicembre 2017, n. 36 pubblicata nel Bollettino ufficiale della Regione Lombardia n. 50 del 15 dicembre 2017.

Il ricorso è interessante per comprenderne, se pure in maniera indiretta - direi induttiva - la ratio e la portata applicativa dell'attuale disciplina del dissenso.

L'azione del Governo è incentrata sostanzialmente alla contestazione della norma regionale gravata – che regola il procedimento di **valutazione di impatto ambientale** già disciplinato in tutte le relative fasi dalla legge statale – **nella parte in cui introduce una ulteriore fase procedimentale** costitutiva di una "sospensione dell'efficacia" della determinazione di conclusione della conferenza di servizi **subordinata all'acquisizione di un provvedimento di competenza dell'organo regionale di indirizzo politico in caso di dissenso qualificato.**

La problematica sottesa al caso in questione concerne essenzialmente **l'aggravio di un procedimento già di per sé perfezionato** – come quello della valutazione di impatto ambientale- che ha ad oggetto la tutela di interessi sensibili ma che è già definito **in ogni fase dalla norma statale**; la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ritiene che in questo modo – attraverso la predetta sospensione dell'efficacia – venga illegittimamente impedita la produzione immediata di effetti giuridici della determinazione finale. Il ricorrente ha impugnato la legge regionale dinanzi al Giudice delle Leggi perché la stessa è in contrasto con l'art. 117, comma 2, lettera j) della Costituzione in quanto il modello procedimentale introdotto dalla Legislatore lombardo, incidendo sui procedimenti di valutazione di impatto ambientale, si traduce in un'invasione della sfera di competenza legislativa che l'art. 117, comma 2, lett. s) Cost. riserva allo Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. La valutazione di impatto ambientale (Corte cost. n. 117 del 2015) e, comunque, il procedimento autorizzatorio unico regionale ricadono infatti nell'ambito della competenza esclusiva statale in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema di cui

all'art. 117, comma 2, lett. s) Cost.: le leggi regionali sono perciò abilitate ad intervenire in materia solo se e nella misura in cui esse rispettino i limiti inderogabilmente posti dal Legislatore statale al potere normativo di dettaglio delle regioni le quali, nella materia de qua non dispongono di autonoma potestà legislativa, nè esclusiva, nè concorrente.

V) CONCLUSIONI

Dovremo aspettarci ulteriori modifiche del procedimento della conferenza di servizi e, in particolare, dell'istituto del dissenso? Non possiamo escluderlo.

Ciò che possiamo certamente sottolineare è lo sforzo fatto dal Legislatore – nonché dalla Giurisprudenza e dalle più “*illuminate*” strutture amministrative - di semplificare un modello che, nato nella condivisibile prospettiva di “alleggerire” i procedimenti complessi, è però subito apparso troppo articolato e, a tratti, barocco e sovrabbondante.

A me pare che la questione critica sia soprattutto quella della presenza degli **interessi sensibili**, rispetto ai quali qualsiasi soluzione dovrà necessariamente tenere conto del qualificato parametro di riferimento fornito dal Giudice delle Leggi, che ha scolpito – a più riprese - il principio in forza del quale è richiesto un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi, diritti fondamentali ed interessi - anche pubblici - senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” di alcuni valori non significa che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto.

Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire il sacrificio del nucleo essenziale di alcuna posizione giuridica coinvolta nel procedimento.

avv Maurizio Avagliano