



Associazione Veneta  
degli Avvocati  
Amministrativisti

***PREMIO***  
***“ENRICO GUICCIARDI”***  
***2015***

note di commento a sentenze del 2015 riguardanti problematiche amministrative relative alla Regione Veneto



La presente pubblicazione raccoglie le note di commento a sentenze relative a problematiche amministrative venete, pervenute nella terza edizione del premio "Enrico Guicciardi", bandito dall'Associazione veneta degli avvocati amministrativisti nel 2015.

Come illustrato nel bando del premio, l'obiettivo perseguito è quello della promozione dello studio, dell'accrescimento professionale, dell'approfondimento dei problemi giuridici nella disciplina del diritto amministrativo; e l'intitolazione alla memoria del professor Enrico Guicciardi intende onorarne l'eredità umana e giuridica, che ha profondamente segnato il Foro amministrativo veneto.

Il concorso è riservato ai praticanti e agli avvocati di età inferiore ai 35 anni, per incoraggiarne il coinvolgimento nel diritto amministrativo e per consentire, attraverso il loro apporto, una attenta considerazione della produzione giurisprudenziale veneta (o comunque riferita al Veneto), anche per poter consapevolmente concorrere al suo costante miglioramento nel rapporto funzionale tra un Foro che, sotto lo stimolo della tutela delle ragioni degli assistiti, "apre", e una Curia che "vaglia".

La Commissione giudicatrice, presieduta dall'avv. Ivone Cacciavillani (Presidente onorario dell'Associazione) e composta dall'avv. prof. Luigi Garofalo e dall'avv. prof. Giovanni Sala, ha attribuito il primo premio alla nota n. 13 dell'avv. Giulia Mattioli dal titolo "*La tutela dei micro-paesaggi: risvolti economici ed etici*" (nota a Tar Veneto, Sez. II, sentenza 10/11/2015, n. 1175).

Il secondo premio è stato attribuito alla nota n. 20 dell'avv. Giulia Galeazzo dal titolo "*Il contingentamento delle strutture sanitarie private non destinate all'accreditamento, nella legge regionale n. 22 del 2002*" (nota a Tar Veneto, Sez. III, 30 ottobre 2015 n. 118).

Il terzo premio è stato attribuito alla nota n. 10 della dott.ssa Nausicaa Boato, dal titolo "*La discrezionalità dell'Autorità portuale nella scelta della via d'acqua d'accesso alla stazione marittima di Venezia*" (nota a Tar Veneto, Sez. I, 29 luglio 2015 n. 877).

Stefano Bigolaro  
(Presidente dell'Associazione Veneta  
degli Avvocati Amministrativisti).



## INDICE

1. **Elisa Moro**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 352/2015 in materia di condono edilizio in zona vincolata. pag. 4
2. **Eleonora Mercurio**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 811/2015 in materia di ordinanze sindacali sui locali adibiti a gioco d'azzardo. pag. 14
3. **Laura Villan**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 4188/2015 in materia di impianti di telefonia mobile. pag. 22
4. **Luciana Sabatelli**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 997/2015 in materia di varianti parziali al P.R.G.. pag. 32
5. **Anna Roberta Cavazza**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 573/2015 in materia di interventi di sostegno per persone affette da handicap grave. pag. 40
6. **Alessandro Michielan**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 878/2015 in materia di riconoscimento di coppie di fatto. pag. 48
7. **Anna Bellon**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 501/2015 in materia di fecondazione assistita di tipo eterologo. pag. 70
8. **Amedeo Tomicelli**, nota a Tar Veneto, sentenze nn. 491 e 501/2015 in materia di fecondazione assistita di tipo eterologo. pag. 76
9. **Fabio Liparoti**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 501/2015 in materia di fecondazione assistita di tipo eterologo. pag. 84
10. **Nausicaa Boato**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 877/2015 in materia di "Grandi Navi" da crociera a Venezia. pag. 94
11. **Giusy Chiara Ianò**, nota a Corte dei Conti, sentenza n. 34/2015 in materia di responsabilità erariale da errore progettuale e riparto di giurisdizione. pag. 102
12. **Martina Grimaldi**, nota a Cons. Stato, sentenza n. 4535/2015 in materia di farmacie aggiuntive. pag. 112
13. **Giulia Mattioli**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 1175/2015 in materia di beni culturali e vincoli indiretti. pag. 118
14. **Maria Giovanna Battaglia**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 766/2015 in materia di commercio nella grande distribuzione organizzata. pag. 134
15. **Andrea Macchiavello**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 766/2015 in materia di commercio nella grande distribuzione organizzata. pag. 144
16. **Riccardo Bertoli**, nota a Tar Veneto sentenza n. 766/2015 in materia di commercio nella grande distribuzione organizzata. pag. 154
17. **Giulia Tagliapietra**, nota a Tar Veneto, ordinanza n. 879/2015 in materia di VAS. pag. 164
18. **Giulia Liliana Monte**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 1043/2015 in materia di lavori di migioria fondiaria (vigneto) e rilascio di titoli edilizi. pag. 174
19. **Luca Emanuele Ricci**, nota a Cons. Stato, sentenza n. 980/2015 in materia di pertinenze lagunari e concessioni demaniali. pag. 182
20. **Giulia Galeazzo**, nota a Tar Veneto, sentenza n. 1118/2015 in materia di contingentamenti alle strutture sanitarie private non destinate all'accreditamento. pag. 190



**T.A.R. Veneto – Venezia, Sez. II, sent. 25/03/2015, n. 352**

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Nicola Fenicia, Estensore

P.S. // Comune di Asiago

*La domanda di condono edilizio, avendo ad oggetto opere che prima non avevano giuridica esistenza, deve essere valutata in base alla disciplina urbanistica vigente al momento in cui è esaminata, con la conseguenza che, ai fini della necessaria acquisizione del parere dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo, rileva anche il vincolo intervenuto dopo la realizzazione dell'opera abusiva (L. n. 47/1985).*

*In materia di condono edilizio, in presenza di un vincolo paesaggistico, la formazione del silenzio assenso è subordinata al parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo in ordine alla sanatoria di opere abusivamente realizzate (L. n. 47/1985).*

*La L. n. 142/1990 e il D.lgs. n. 29/1993 hanno consacrato quale principio cardine dell'esercizio dell'attività amministrativa quello della netta separazione tra compiti degli organi politici (definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare e verifica della rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite) e compiti dei responsabili degli uffici e dei servizi (gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno).*

*Non è necessario il parere della C.E.I. nel procedimento diretto alla emanazione del provvedimento di demolizione che rientra nei poteri sanzionatori in materia edilizia e, in quanto tale, costituisce atto dovuto in relazione al quale non sussiste alcuna discrezionalità (d.P.R. n. 380/2001, T.U. Edilizia). Una volta accertata l'abusività dell'opera edilizia, la stessa abusività costituisce presupposto da solo sufficiente per l'applicazione della prescritta sanzione demolitoria. Ne consegue che quest'ultima non necessita di una puntuale motivazione in quanto atto vincolato, né richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico e tantomeno una comparazione di questo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati.*

**condono edilizio (art. 32, L. n. 47/1985) – silenzio assenso (art. 35 L. n. 47/1985) – separazione competenze (art. 6 L. n. 127/1997; art. 12 L. n. 191/1998) - poteri sanzionatori in materia edilizia – abuso edilizio (artt. 33 e 36 d.P.R. n. 380/2001) – vincolo paesaggistico – inedificabilità assoluta e relativa**

1. Il caso di specie – 2. Esame della domanda di condono edilizio secondo il criterio *tempus regit actum* – 3. L'iter applicativo della sanzione demolitoria – 4. Riflessioni alla luce della sentenza riformatrice Cons. Stato, Sez. VI, 30/09/2015, n. 4564

*1. Il caso di specie*

Il Sig. P.S. presentava istanza di condono edilizio ai sensi della L. 28 febbraio 1985, n. 47, relativamente ad un immobile sito in zona sottoposta a vincolo paesaggistico-ambientale costituito successivamente alla costruzione dell'opera; l'istanza *de qua* veniva respinta con ordinanza del Sindaco sulla base di parere sfavorevole espresso dalla Commissione Edilizia Integrata (di seguito C.E.I.) dando luogo alla conseguente sanzione demolitoria. Il soggetto proponeva impugnazione innanzi al T.A.R. Veneto, deducendo l'illegittimità di tali

provvedimenti. La sentenza qui annotata dichiarava infondato e così respingeva il ricorso.

Il soccombente, successivamente, presentava impugnazione avverso la sentenza del T.A.R. Veneto n. 352/2015, impugnazione accolta dal Consiglio di Stato nei limiti del *tantum devolutum quantum appellatum*<sup>1</sup>.

## 2. Esame della domanda di condono edilizio secondo il criterio tempus regit actum

Per giurisprudenza pressoché univoca la presenza di un vincolo paesaggistico assume rilievo in relazione non già al tempo in cui l'abuso è stato posto in essere bensì e piuttosto a quello in cui la relativa istanza di sanatoria viene sottoposta all'esame della Amministrazione locale competente<sup>2</sup>. Ciò si giustifica solo a considerare il fatto che la richiesta di condono edilizio, avendo ad oggetto opere alle quali in precedenza non era attribuita giuridica esistenza, importa una valutazione alla luce della disciplina urbanistica vigente all'epoca dell'esame; ne deriva che assume rilevanza altresì il vincolo sorto successivamente alla realizzazione dell'opera abusiva<sup>3</sup>. Nel pronunciarsi sulla questione sottoposta al

---

<sup>1</sup> Restano estranee al *thema decidendum* le domande e le eccezioni prospettate in primo grado e non formalmente riproposte in appello (art. 329, comma 2, c.p.c., sostanzialmente ripreso dall'art. 101, comma 2, cod. proc. amm.); in questo senso, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 9/10/2012, n. 5235, m.r., e Cons. Stato, Sez. V, 30/9/2013, n. 4829, m.r.

<sup>2</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 07/05/2015, n. 2297, m.r., il vincolo paesaggistico su un'area, ancorché sopravvenuto all'intervento edilizio, non può restare senza conseguenze sul piano giuridico, sicché deve ritenersi sussistente l'onere procedimentale di acquisire il prescritto parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo in ordine alla ammissibilità della domanda di sanatoria, a prescindere dall'epoca d'introduzione del vincolo, essendo tale valutazione funzionale all'esigenza di vagliare l'attuale compatibilità dei manufatti realizzati abusivamente con lo speciale regime di tutela del bene sottoposto a vincolo (D.Lgs. n. 42/2004, Codice dei beni culturali).

<sup>3</sup> T.A.R. Veneto, Sez. II, 29/01/2014, n. 206, m.r., secondo cui "l'imposizione del vincolo su una bellezza di insieme si perfeziona già nel momento in cui, ai sensi dell'art. 2, ultimo comma, della L. 29 giugno 1939, n. 1497, l'elenco delle località, predisposto dalla Commissione ivi prevista, viene pubblicato nell'albo degli Enti interessati" e, inoltre, "la disposizione dell'art. 32, l. 28 febbraio 1985 n. 47, in tema di condono edilizio, nel prevedere la necessità del parere dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo paesaggistico ai fini del rilascio delle concessioni in sanatoria, non reca alcuna deroga ai principi generali; essa pertanto deve interpretarsi nel senso che l'obbligo di pronuncia dell'autorità preposta alla tutela del vincolo sussiste in relazione all'esistenza del vincolo al momento in cui deve essere valutata la domanda di sanatoria, a prescindere dall'epoca in cui il vincolo medesimo sia stato introdotto. Ciò in quanto tale valutazione corrisponde all'esigenza di vagliare l'attuale compatibilità con il vincolo dei manufatti realizzati abusivamente"; *ad adiuvandum* nella medesima pronuncia si sottolinea come ciò che deve ritenersi necessario perché l'atto amministrativo non risulti inficiato da censure nella sua parte motiva è che in esso siano sempre esternate le ragioni che giustificano la determinazione assunta, non potendo la motivazione espressa in essa esaurirsi in semplici, generiche locuzioni di stile (art. 3 legge n. 241/1990)". Infine il T.A.R. ha precisato come "la funzione della motivazione del provvedimento amministrativo è diretta a consentire al destinatario di ricostruire l'iter logico-giuridico in base al quale l'amministrazione è pervenuta all'adozione di tale atto nonché le ragioni ad esso sottese allo scopo di verificare la correttezza del potere in concreto esercitato, nel rispetto di un obbligo da valutarsi, invero, caso per caso in relazione alla tipologia dell'atto considerato (art. 3 legge n. 241/1990)"; si veda inoltre Cons. Stato, Ad. plen., 22/07/1999, n. 20, in *Giur.*



suo esame, il T.A.R. Veneto, posto che il vincolo precedeva l'istanza di sanatoria, ha ritenuto irrilevante stabilire se l'immobile fosse stato costruito prima o dopo il sorgere dello stesso, con conseguente dichiarazione di infondatezza del motivo di gravame.

Il G.A. ha inoltre reputato infondata la deduzione del ricorrente che voleva essersi formato il silenzio assenso sulla richiesta del parere, per decorrenza del termine per il rilascio dello stesso. La legge sul primo condono edilizio (L. n. 47/1985) sulla cui base veniva avanzata richiesta di sanatoria, a differenza della legge sul condono successivo (L. n. 724/1994 che non poteva, *ratione temporis*, essere applicata al ricorso *de quo* proposto nel 1986), prevedeva infatti la formazione non già del silenzio assenso ovvero del silenzio significativo in termini di diniego ma la formazione del cd. silenzio rifiuto che osta a che l'autorità preposta perda il potere di provvedere spirato il termine<sup>4</sup>.

Per completezza si segnala che, stante il parere negativo espresso dall'Amministrazione competente, la domanda non avrebbe potuto comunque essere accolta per silenzio assenso<sup>5</sup>.

### 3. L'iter applicativo della sanzione demolitoria

In ossequio al principio della separazione di competenze degli organi politici da quelle dei responsabili degli uffici e dei servizi, l'art. 6 della L. n. 127/1997 ha individuato in maniera esaustiva le competenze facenti capo al personale

---

*Bolletino legisl. tecnica*, 2000, 148, secondo cui, “ai fini del rilascio della concessione edilizia in sanatoria per opere ricadenti in zone vincolate, il parere – ex art. 32 L. 47/1985 - dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo, è necessario con riferimento all'esistenza del vincolo nel momento in cui deve essere valutata la domanda di condono”; tale obbligo sussiste quindi anche per le opere eseguite prima che il vincolo sia stato apposto.

<sup>4</sup> In dottrina, CASSETTA, *La difficoltà di «semplificare»*, in *Dir. Amm.*, 1998, 349, per il quale “non tutti gli interessi tollerano poi una disciplina procedimentale che comporti una semplificazione in grado di sacrificare la corretta ponderazione di alcuni “valori”: sul piano del diritto interno è sufficiente ricordare gli interessi ambientali, paesaggistico-territoriali e della salute”.

<sup>5</sup> Cons. Stato, Sez. V, 2/5/2013, n. 2395, m.r., per cui “nell'ipotesi di opere edilizie abusive realizzate su aree sottoposte a vincolo, il silenzio-assenso dell'amministrazione comunale può formarsi con il decorso del termine di ventiquattro mesi dall'emanazione del parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo stesso e soltanto se tale parere è favorevole all'istante. Il parere (negativo) dell'autorità preposta alla tutela del vincolo è vincolante ed assume valore dirimente, impedendo il rilascio del provvedimento di condono edilizio e rendendo impossibile la sanatoria dell'opera essendo esclusa ogni autonoma valutazione da parte del Comune”; il Consiglio di Stato ha inoltre ribadito come “in relazione al rapporto tra istanza di sanatoria edilizia e data di apposizione del vincolo paesaggistico, a prescindere dal momento dell'introduzione del vincolo, ai fini del parere di cui all'art. 32 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, rileva la data di valutazione della domanda di sanatoria e non quella di costruzione dell'immobile, essendo irrilevante che il vincolo paesaggistico sia sopravvenuto rispetto alla commissione dell'abuso e alla data di presentazione della domanda di condono”; T.A.R. Liguria, Sez. I, 29/04/2015, n. 414, m.r., secondo cui dal combinato disposto degli artt. 32 ss., L. 47/1985 può desumersi il principio per il quale non sono suscettibili di sanatoria tacita gli immobili siti in aree sottoposte a vincolo paesaggistico-ambientale, essendo all'uopo in ogni caso richiesto il parere espresso dell'Autorità competente alla gestione del vincolo, ragione per cui in tali ipotesi non è configurabile la formazione del silenzio-assenso sull'istanza di condono.

dirigente, successivamente peraltro ampliate dalla L. n. 191/1998 (entrata in vigore il 5/7/1998), abbracciando quelle in materia di applicazione di sanzioni edilizie; nel caso di specie l'adozione dei provvedimenti gravati avveniva nel tempo intermedio tra l'uno e l'altro provvedimento legislativo quando cioè al Sindaco spettava ancora la competenza in ordine alla adozione dei provvedimenti sanzionatori in materia edilizia e al dirigente era stata trasferita quella in materia di rilascio di autorizzazioni e concessioni edilizie (ivi comprese le concessioni di sanatoria *ex* L. 47/1985) determinando il rigetto della domanda di incompetenza del Sindaco all'adozione dell'atto impugnato (ordine di demolizione). Semmai il vizio avrebbe potuto inficiare il provvedimento di diniego di condono ma la censura di incompetenza avanzata dal ricorrente non era diretta nei confronti della denegata autorizzazione paesaggistica la quale, dal canto proprio, resta atto provvedimentale dotato di efficacia esterna, autonomo e vincolante e dunque *ex se* idoneo a sorreggere il conseguente ordine di demolizione; ciò a dire che rimanendo esente da vizi ovvero da censure di illegittimità il diniego di autorizzazione paesaggistica e dovendo l'immobile in ogni caso essere demolito stante la carenza di questa, nessuna utilità avrebbe potuto ottenere il ricorrente dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato per incompetenza. Una volta intervenuto il diniego di condono l'ordine di demolizione assume natura di atto dovuto e vincolato essendo pacifica l'abusività dell'opera; ciò comporta altresì l'irrilevanza della mancata adozione, a monte, dell'avviso di avvio del procedimento di demolizione.

Nondimeno, neppure sarebbe stato necessario acquisire il parere della C.E.I. nel procedimento diretto all'emanazione del provvedimento demolitorio in quanto esso rientra tra i poteri sanzionatori in materia edilizia e costituisce atto dovuto in relazione al quale non sussiste alcuna discrezionalità<sup>6</sup>. Una volta accertato il carattere abusivo dell'opera tale carattere costituisce presupposto sufficiente per applicare la prescritta sanzione demolitoria la quale ultima, dunque, non richiede neppure puntuale motivazione<sup>7</sup> – essendo atto vincolato – ovvero specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico sottese ovvero ancora la

---

<sup>6</sup> T.A.R. Veneto, Sez. II, 23/10/2014, n. 1335, m.r., secondo cui “nei procedimenti preordinati all'emanazione di ordinanze di demolizione di opere edili abusive non trova applicazione l'obbligo di comunicare l'avvio dell'iter procedimentale in ragione della natura vincolata del potere repressivo esercitato, che rende di per sé non configurabile un qualunque apporto partecipativo del privato (d.p.r. n. 380/2001 - T.U. Edilizia); in sede di emanazione dell'ordinanza di demolizione di opere edilizie abusive su area vincolata non è necessario acquisire il parere della Commissione Edilizia Integrata dal momento che l'ordine di ripristino discende direttamente dall'applicazione della disciplina edilizia vigente e non costituisce affatto irrogazione di sanzioni discendenti dalla violazione di disposizioni a tutela del paesaggio” (d.p.r. n. 380/2001 - T.U. Edilizia).

<sup>7</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 15/09/2015, n. 4278, m.r., per cui il diniego di compatibilità paesaggistica postuma (e, o di sanatoria di opere edili realizzate in zone vincolate) è da ritenersi sufficientemente motivato con l'indicazione delle ragioni assunte a fondamento della valutazione di incompatibilità dell'intervento con le esigenze di tutela paesistica poste a base del relativo vincolo, sicché anche una motivazione scarna e sintetica, laddove riveli gli estremi logici dell'incompatibilità, va considerata soddisfacente (D.Lgs. n. 42/2004, Codice dei beni culturali).

comparazione di tale interesse con gli interessi privati coinvolti e sacrificati<sup>8</sup> non sussistendo un affidamento tutelabile alla preservazione della situazione in concreto abusiva la quale non potrà mai essere sanata *sic et simpliciter* dal trascorrere del tempo<sup>9</sup>.

#### 4. Riflessioni alla luce della sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 30/09/2015, n. 4564

La sentenza riformatrice emessa dal Consiglio di Stato (n. 4564/2015) ad avviso di chi scrive, nel sostituirsi alla sentenza del T.A.R. Veneto n. 352/2015, non

---

<sup>8</sup> In dottrina, CHINELLO, *La sanabilità edilizia degli abusi in zona vincolata*, in *Immobili e proprietà*, 10/2010, secondo il quale, nelle zone sottoposte a vincolo paesaggistico, il regime della sanatoria edilizia - sia quella ordinaria, sia quella speciale da condono - subisce limitazioni rilevanti, posto che la maggiore tutela che l'ordinamento garantisce al bene "paesaggio", porta ad una notevole riduzione delle facoltà del privato di regolarizzare a posteriori un eventuale intervento edificatorio abusivo.

<sup>9</sup> Lucidamente, Cons. Stato Sez. VI, 30/09/2015, n. 4564, m.r., per cui la colpevole inerzia dell'Amministrazione nell'espletamento dei propri doveri di vigilanza e controllo del territorio, nonché di repressione degli abusi edilizi, non può trasformarsi in consolidamento delle posizioni di chi abbia commesso illeciti permanenti, quali debbono qualificarsi gli abusi stessi (d.p.r. n. 380/2001, T.U. Edilizia); si veda inoltre, Cons. Stato, Sez. VI, 31/05/2013, n. 3010, secondo cui non può rinvenirsi alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il tempo non può avere legittimato, né l'interessato può dolersi del fatto che l'Amministrazione non abbia emanato tempestivamente i dovuti atti repressivi” e, inoltre, “nel caso di abusi edilizi vi è un soggetto che pone in essere un comportamento contrastante con le prescrizioni dell'ordinamento, che confida nell'omissione dei controlli o comunque nella persistente inerzia dell'amministrazione nell'esercizio del potere di vigilanza. In questi casi il fattore tempo non agisce in sinergia con l'apparente legittimità dell'azione amministrativa favorevole, a tutela di un'aspettativa conforme alle statuizioni amministrative pregresse”; si veda inoltre Cons. Stato, Sez. IV, 4/5/2012, n. 2592, secondo cui “l'Amministrazione competente in ipotesi di segnalazioni sottoscritte, circostanziate e documentate, ha l'obbligo di attivare un procedimento di controllo e verifica dell'abuso della cui conclusione deve restare traccia, sia essa nel senso dell'esercizio dei poteri sanzionatori, che in quella della motivata archiviazione, e ciò in forza dei principi di cui all'art. 2 della legge sul procedimento (L. n. 241 del 1990), dovendosi in particolare escludere che la ritenuta mancanza dei presupposti per l'esercizio dei poteri sanzionatori possa giustificare un comportamento meramente silente”. Nella stessa occasione il Consiglio di Stato ha aggiunto che “la tutelabilità dell'affidamento ingeneratosi in capo al privato circa la legittimità dell'azione amministrativa della quale egli è destinatario è principio che ha ormai trovato, sulla spinta della giurisprudenza comunitaria, piena cittadinanza pur a fronte di un'attività autoritativa e discrezionale. (...) Ciò può predicarsi per i casi di titoli abilitativi in materia edilizia, poi annullati in autotutela dalla stessa amministrazione ed a ben vedere non mancano espresse e specifiche previsioni normative che positivizzano il principio”. Il G.A. ha inoltre aggiunto che “in tema di abusi edilizi, vale il principio dell'inesauribilità del potere amministrativo di vigilanza e controllo e della sanzionabilità del comportamento illecito dei privati, qualunque sia l'entità dell'infrazione ed il lasso temporale trascorso, salve le ipotesi di dolosa preordinazione o di abuso. Pertanto, non è configurabile un affidamento alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, in forza di una legittimazione fondata sul tempo. L'amministrazione in ipotesi di segnalazioni sottoscritte, circostanziate e documentate di abusi, ha comunque l'obbligo di attivare un procedimento di controllo e verifica dell'abuso della cui conclusione deve restare traccia, sia essa nel senso dell'esercizio dei poteri sanzionatori, che in quella della motivata archiviazione. on è configurabile un affidamento alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, in forza di una legittimazione fondata sul tempo (in *Ambiente e sviluppo*, 2012, 7, 671).

convince per alcuni profili ma, tuttavia, risulta nel complesso meritevole di essere condivisa per la congruità del percorso logico seguito e la esaustività delle ragioni poste a suo fondamento.

Il Giudice d'appello ha evidenziato come solamente "in presenza di vincoli di inedificabilità assoluta di cui all'art. 33 L. n. 47/1985 la realizzazione di opere edilizie abusive dopo l'imposizione dei vincoli stessi condiziona l'applicabilità della norma, rigidamente preclusiva per il condono edilizio". L'interpretazione adottata dal Consiglio di Stato invero presuppone e impone una distinzione tra vincoli di inedificabilità assoluta e relativa che non trova conforto nella lettera degli articoli 32 e 33, L. n. 47/1985, cui fa riferimento lo stesso Giudice.

Un utile spunto per approfondire i termini della questione è la Relazione governativa al D.L. n. 269/2003 ove si legge: "(...) è fissata la tipologia di opere assolutamente insanabili tra le quali si evidenziano quelle realizzate in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio nelle aree sottoposte ai vincoli imposti sulla base di leggi statali e regionali a tutela degli interessi idrogeologici, ambientali e paesistici (...). Per gli interventi di minore rilevanza (restauro e risanamento conservativo) si ammette la possibilità di ottenere la sanatoria edilizia negli immobili soggetti a vincolo previo parere favorevole da parte dell'autorità preposta alla tutela. Per i medesimi interventi, nelle aree diverse da quelle soggette a vincolo, l'ammissibilità alla sanatoria è rimessa ad uno specifico provvedimento regionale". Se questo è il dato fornito dal Legislatore, non possiamo omettere un richiamo alle conclusioni cui giungeva l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato già con la sentenza del 22/7/1999, n. 20 circa la disciplina del condono edilizio di cui alla L. n. 47/1985 e questioni connesse e dalla quale, in estrema sintesi, si ricava come i procedimenti di condono riguardanti territori con vincoli di inedificabilità ancorché relativa, debbono avere riguardo al regime sussistente alla data di esame della domanda di sanatoria, secondo il principio *tempus regit actum*.

Approfondiamo questo approdo giurisprudenziale: in quella sede, si sosteneva che il Giudice di primo grado avrebbe, erroneamente, ritenuto il rilascio del condono edilizio subordinato al parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo, di cui all'art. 32, richiedendosi detto parere, al contrario, solo per le opere ricadenti in zona già vincolata al momento della loro esecuzione (in quell'occasione il vincolo gravante sulla zona era stato imposto in epoca successiva non solo all'esecuzione delle opere, ma addirittura alla stessa L. n. 47)<sup>10</sup>.

In proposito si sono registrati indirizzi di segno opposto: il primo favorevole alla obbligatorietà dell'acquisizione del parere anche ove le opere siano state realizzate

---

<sup>10</sup> Il Legislatore è intervenuto più volte sull'art. 32 della legge 47/1985 (con l' art. 4 del D.L. 23 aprile 1985 n. 146; con l'art. 12 del D.L. 12 gennaio 1988, n. 2, peraltro, dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte Cost., 10 marzo 1988 n. 302; con l'art. 2 comma 43, della legge 23 dicembre 1996 n. 662), e addirittura con una disposizione interpretativa (art. 1 L. 27 dicembre 1997 n. 449), senza mai provvedere, tuttavia, a dare soluzione al dubbio di cui qui si tratta.

in data anteriore all'apposizione del vincolo<sup>11</sup>. Alla base di tale linea interpretativa sussistono ragioni fondate sulla formulazione letterale del citato art. 32, I comma (nel quale non è precisato che il vincolo imposto debba essere anteriore all'esecuzione delle opere abusive) nonché rilievi di carattere sostanziale tra i quali: la funzione correttiva dell'automatismo del condono edilizio da riconoscersi al parere in questione; la presenza di interessi pubblici primari (culturali, ambientali o paesaggistici e così via), che non tollerano di essere compromessi in via definitiva e la natura oggettiva del vincolo, la cui gestione non richiede altro che la sua esistenza.

Nel senso che, invece, il parere di cui si tratta non sarebbe necessario ove il vincolo sia posteriore all'esecuzione dell'opera, sono state alcune decisioni della VI Sezione del Consiglio di Stato degli anni '90<sup>12</sup>. Questo secondo orientamento fa perno sull'espressione "aree sottoposte a vincolo" contenuta nell'art. 32, osservando come essa si riferisca ad un fatto accaduto, ossia alla già intervenuta sottoposizione a vincolo, e sottolinea come il Legislatore abbia voluto significare che solo a partire da tale momento la qualità dell'area assume rilevanza ai fini della sanatoria delle opere su di essa realizzate. *Ad adiuvandum* sono state evidenziate ragioni di ordine sistematico desumibili sia dal IV comma dell'art. 32, il quale dimostrerebbe che quando il Legislatore ha inteso considerare anche il vincolo sopravvenuto al compimento dell'opera, lo ha fatto espressamente, sia dal I comma del successivo art. 33 che, ammettendo per implicito la sanabilità delle opere in contrasto con vincoli di inedificabilità assoluta sopravvenuti, evidenzierebbe l'incongruità di una disciplina di sfavore per l'ipotesi, meno grave,

---

<sup>11</sup> Cons. Stato, Sez. V, 23/3/1991 n. 326, in *Cons. Stato*, 1991, I, 466; id., 22/12/1994 n. 1574, in *Foro Amm.*, 1994, fasc.12; id., 4/5/1995 n. 696, in *Riv. Giur. Edil.*, 1995, I, 651 ove si legge che "mentre l'art. 33 L. 47/1985 fa riferimento a vincoli che meglio possono essere definiti come divieti di edificazione o prescrizioni di inedificabilità, il precedente art. 32 concerne piuttosto vincoli di salvaguardia di interessi o valori peculiari (e, come tali, tipizzati da specifiche norme) alla cui tutela è preposta un'amministrazione che può rilasciare un'autorizzazione all'esercizio dell'attività edilizia, fermo restando che entrambe le specie di vincoli riguardano soltanto le costruzioni future e non toccano quelle già esistenti. Ai fini del condono edilizio per fabbricati abusivi costruiti su aree soggette a vincolo, quelli edificati in violazione di prescrizioni generali di inedificabilità non sono condonabili se il vincolo preesiste alla costruzione, mentre quelli situati nelle aree protette possono conseguire la sanatoria in subordine al giudizio di compatibilità delle opere da parte dell'Amministrazione preposta al vincolo, indipendentemente dalla circostanza che quest'ultimo preesista, o meno alle opere stesse. Pertanto, è illegittimo il diniego di condono edilizio nei riguardi di un'opera abusiva, costruita in violazione di una prescrizione di inedificabilità apposta sull'area in cui essa è sita dopo la sua edificazione, allorché il Comune confonda tale prescrizione con il vincolo di cui all'art. 32 e, poi, ometta comunque di richiedere il parere sul vincolo idrogeologico all'ufficio provinciale competente alla relativa tutela.; id., 13/2/1997, n. 158, in *Foro Amm.*, 1997, 467, per cui l'art. 32 comma 1 L. 47/1985, nel prevedere che il condono edilizio per opere realizzate in aree vincolate resti subordinato al parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo, non distingue tra vincoli sopravvenuti o preesistenti all'esecuzione delle opere stesse, in quanto lo scopo della norma è consentire l'accertamento se la costruzione, non importa se precedente o no rispetto all'imposizione del vincolo, non comprometta in maniera definitiva valori corrispondenti ad interessi pubblici primari (culturali, ambientali, paesaggistici) tutelati dagli interessi vincolistici (Cons. Stato, Sez. VI, 9/10/1997, n. 1461, in *Foro Amm.*, 1997, 2768).

<sup>12</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 30/9/1995 n. 1030, in *Riv. Giur. Edil.*, 1996, I, 139 e id. 5/3/1997 n. 356, in *Foro Amm.*, 1997, 826.

di opera su area successivamente colpita da vincolo che di inedificabilità relativa. Un ulteriore orientamento, emerso in sede consultiva<sup>13</sup>, attribuisce rilevanza alla data ultima concessa *ex lege* per la presentazione della domanda di sanatoria, così che il parere dell'Amministrazione preposta alla tutela del vincolo è obbligatorio ogni volta che (a prescindere dall'ultimazione dell'abuso e dall'entrata in vigore delle leggi di condono) i vincoli siano stati definiti anteriormente a tale termine<sup>14</sup>. In buona sostanza se è vero che alla stregua dell'art. 33 il vincolo di inedificabilità (assoluta) non può operare in modo retroattivo, tuttavia non si può considerare inesistente per il solo fatto che sia sopravvenuto all'edificazione (ciò che condurrebbe al paradosso di ritenere senz'altro sanabili gli interventi, i quali pertanto si ritroverebbero a fruire di un regime più favorevole rispetto a quello riservato agli abusi interessati da vincoli sopravvenuti di inedificabilità relativa). Pertanto ad esso va applicato lo stesso regime della previsione generale dell'art. 32, comma 1, che subordina il rilascio della concessione in sanatoria per opere su aree sottoposte a vincolo al parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo medesimo<sup>15</sup>.

Confortano l'assunto quanto meno due considerazioni: la prima, con la quale si pone in evidenza la specialità della normativa sul condono edilizio, attesa la sua natura derogatoria ed eccezionale, che ne impone una stretta interpretazione; la seconda, facente perno sull'esistenza, nello stesso art. 32 (si veda il comma IV), di una più dettagliata disciplina che, a fronte della generale sanatoria, il Legislatore ha inteso riservare a taluni specifici vincoli (si potrebbe dire, "minori" rispetto a quelli paesaggistico-ambientali, storico-artistici, ecc.).

Non appaiono tuttavia condivisibili gli argomenti addotti a sostegno delle linee interpretative sopra riferite che o negano del tutto la rilevanza del vincolo successivo o la fermano entro il termine per la presentazione della domanda di sanatoria.

Anzitutto non appare persuasivo quello tratto dalla formulazione letterale della norma. L'utilizzo di participi passati come "eseguite" o "sottoposte", nell'espressione "opere eseguite su aree sottoposte a vincolo" di cui al I comma

---

<sup>13</sup> Cons. Stato, Sez. II, 20/5/1998, n. 403, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 1538.

<sup>14</sup> L'orientamento espresso nel citato parere della Sezione II del Consiglio di Stato, impone una riflessione per quanto concerne la conclusione alla quale perviene, di individuare nel termine massimo stabilito per la presentazione della domanda di condono il limite temporale della rilevanza del vincolo e, quindi, dell'obbligatorietà del parere di cui all'art. 32, I comma. Tale soluzione si giustifica assumendo quel termine come riferimento per la "operatività della fattispecie di sanatoria straordinaria", al quale attualizzare la salvaguardia dei valori che la scelta politica di "clemenza generale" ha reputati prioritari e superiori. Al concetto di "operatività" si deve preferire quello di perfezionamento della fattispecie nei suoi elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, uno dei quali è la volontà di avvalersi del beneficio, manifestata dall'interessato con la presentazione della sua domanda; onde sembrerebbe più corretto riferirsi alla data di questa, lasciando alla diligenza del singolo evitare il rischio della sopravvenienza del vincolo. Ma, ad una valutazione più attenta, è proprio riguardo alla determinazione dell'ambito in cui devono ritenersi fatti salvi taluni valori che la tesi perde pregio: i limiti e le modalità di tale salvezza, invero, non possono avere altra fonte che la norma positiva la quale, come detto, almeno nella disposizione generale relativa ai vincoli, di cui al I comma dell'art. 32, non offre alcun elemento di definizione.

<sup>15</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7/10/2003, 5918, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2004, 197; sez. IV, 14/2/2012 n.731, m.r.

dell'articolo, non rappresenta sicuro riferimento alla sola ipotesi di opera abusivamente costruita su area già gravata da vincolo al tempo della sua realizzazione. Non è infatti infrequente, nella lingua italiana, l'impiego del participio passato con funzione aggettivante; uso che, nella specie, non esprime necessariamente l'esistenza di una relazione temporale tra le due qualità, rispettivamente, dell'opera e dell'area. A ciò si aggiunge la circostanza per cui, quando ha inteso considerare la tipologia di vincolo sopravvenuto al compimento dell'opera, il Legislatore lo ha fatto espressamente, come testimonia la formulazione dell'art. 32, comma 4; ciò esclude una lettura in senso opposto della norma che di tale specificazione sia priva. Il silenzio in proposito, *a contrariis*, ben può significare l'intento di non attribuire alcuna rilevanza al momento in cui il vincolo sia stato imposto.

Neppure decisive appaiono le argomentazioni di carattere sistematico fondate sul raffronto con l'art. 33, I comma, che prevede l'insanabilità degli abusi commessi in spregio di un vincolo di inedificabilità (assoluta) già vigente al momento dell'attività edificatoria. La disposizione non può essere caricata di un significato che non le appartiene: è difficile, infatti, considerare del tutto inesistente un vincolo d'inedificabilità totale per il solo fatto che sia sopravvenuto all'edificazione e ritenere, pertanto, che l'abuso commesso sia senz'altro sanabile. Un giusto raccordo tra gli articoli in esame comporta che la fattispecie, siccome non specificamente disciplinata dall'art. 33, ricada nella previsione di carattere generale di cui al I comma dell'art. 32. Viene meno, quindi, l'ipotizzata incongruenza di disciplina delle due situazioni sulla quale l'argomento considerato si fonda.

Concludendo, stando ai principi generali, la cura del pubblico interesse, in cui si concreta la funzione amministrativa, ha come sua qualità essenziale la legalità: è la legge che attribuisce la funzione e ne definisce le modalità di esercizio, anche attraverso la definizione dei limiti entro i quali possono ricevere attenzione gli altri interessi, pubblici e privati, con i quali l'esercizio della funzione si confronta. Compito, questo, che nessun'altra norma può svolgere se non quella vigente al tempo in cui la funzione si esplica (*tempus regit actum*). Ne consegue che la P.A., sulla quale incombe l'obbligo di osservare la legge (art. 97 Cost.), deve attenersi, nel momento in cui provvede, alla norma vigente e alle qualificazioni giuridiche che essa porta<sup>16</sup>. La disposizione di cui all'art. 32, comma 1, non reca alcuna deroga a questi principi, cosicché essa deve interpretarsi "nel senso che l'obbligo di pronuncia da parte dell'autorità preposta alla tutela del vincolo sussiste in relazione alla esistenza del vincolo al momento in cui deve essere valutata la domanda di sanatoria, a prescindere dall'epoca d'introduzione del vincolo. (...)

---

<sup>16</sup>La sanatoria straordinaria di cui agli artt. 31 e ss. L. n. 47/1985 è atto avente carattere eccezionale, assimilabile a quelli di clemenza generale, tale da giustificare la deroga al principio *tempus regit actum*, per il quale la legittimità degli atti amministrativi deve essere valutata avendo riguardo alle norme vigenti ed alla situazione esistente nel momento in cui essi sono posti in essere. Cons. Stato, Sez. VI, 30/09/2015, n. 4564, Ad. Plen., cit., per cui le valutazioni giuridiche debbono essere compiute soltanto in riferimento ai parametri presenti al tempo dell'operatività dell'atto generale di clemenza e non può farsi eccezione alla misura di clemenza stessa se non a tutela di interessi pubblici reputati prioritari e superiori a quello suo stesso, ma che comunque debbono, per ragioni di intrinseca coerenza e di razionalità delle scelte, essere effettivi ed attuali.

Tale valutazione corrisponde alla esigenza di vagliare l'attuale compatibilità, con il vincolo, dei manufatti realizzati abusivamente<sup>17</sup>.

Il secondo profilo della sentenza riformatrice che desta alcune perplessità è quello relativo alla asserita omessa motivazione che non avrebbe accompagnato il diniego di condono cui è conseguito l'ordine di demolizione in quanto espressa *per relationem*, ciò che ha portato il Giudice d'Appello ad annullare l'atto per carenza di motivazione e ad imporre una rinnovazione del provvedimento. Non pare potersi dubitare del fatto che, in caso di abuso edilizio "l'ordinanza di demolizione non richiede, in linea generale, una specifica motivazione; l'abusività costituisce di per sé motivazione sufficiente per l'adozione della misura repressiva in argomento"<sup>18</sup>. Quindi, sussistente l'opera abusiva, l'autorità amministrativa è tenuta ad intervenire affinché sia ripristinato lo stato dei luoghi essendo carente qualsivoglia discrezionalità dell'amministrazione stessa in relazione al provvedere<sup>19</sup>.

Per quanto concerne gli ulteriori profili, rispetto ai quali il Consiglio di Stato ha aderito alle conclusioni cui era pervenuto il T.A.R. Veneto, se ne condivide l'esito e si attendono ulteriori pronunce in senso conforme.

Avv. Elisa Moro

---

<sup>17</sup> Cons. Stato, Sez. V, 22/9/1994 n. 1574, in *Foro Amm.*, 1994, fasc. 12.

<sup>18</sup> T.A.R. Napoli, Sez. VI, 21/3/2007; Sez. VI, 10/5/2007, n. 4916.

<sup>19</sup> T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 19/7/2006, n. 6021 e T.A.R. Marche, Sez. I, 12/10/2006, n. 824 per cui l'ordinanza di demolizione di opere edilizie abusive è atto dovuto e vincolato e non necessita di motivazione ulteriore rispetto all'indicazione dei presupposti di fatto e all'individuazione e qualificazione degli abusi edilizi" e, ancora, "presupposto per l'emanazione dell'ordinanza di demolizione di opere edilizie abusive è soltanto la constatata esecuzione di queste ultime in assenza o in totale difformità del titolo concessorio, con la conseguenza che, essendo l'ordinanza atto dovuto, essa è sufficientemente motivata con l'accertamento dell'abuso, dovendosi ritenere *in re ipsa* l'interesse pubblico alla sua rimozione e sussistendo l'eventuale obbligo di motivazione al riguardo solo se l'ordinanza stessa intervenga a distanza di tempo dall'ultimazione dell'opera avendo l'inerzia dell'amministrazione creato un qualche affidamento nel privato (Cons. Stato, Sez. V, 29/5/2006, n. 3270, in *Bollettino legisl. tecnica*, 2006, 7-8, 656).



## NOTA DI COMMENTO

### SENTENZA N. 811 DEL 16.07.2015 T.A.R. VENETO SEZ. III

**SOMMARIO: 1. La decisione; 2. Legislazione regionale; 3. Il contesto; 4. Considerazioni personali**

#### **1. La decisione**

Con la sentenza n. 811 del 16 luglio 2015 il TAR Veneto ha respinto il ricorso presentato da un operatore di gioco di Vicenza contro il Comune di Schio per l'annullamento dell'ordinanza sindacale n. 156 del 23.03.2015 nonché per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni occorrendi nel caso di declaratoria di illegittimità degli atti impugnati.

Ebbene, la sentenza in commento chiarisce che la competenza sindacale trova pieno riconoscimento nell'art. 50 co. 7 D.Lgs. 267/2000, secondo cui il Sindaco coordina e riorganizza, sulla base degli indirizzi espressi dal consiglio comunale e nell'ambito dei criteri eventualmente indicati dalla Regione, "gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici".

Dalla particolare ampiezza della nozione di "pubblico esercizio" contenuta nella disposizione, in linea con gli indirizzi sul punto già espressi dalla giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Veneto, Sez. III, 04.07.2007, n. 2198), deve ritenersi che rientrino senz'altro nella predetta nozione anche le attività di intrattenimento espletate all'interno di sale giochi. Ed invero, il connotato tipizzante di un pubblico esercizio è la fruibilità delle prestazioni ivi erogate da parte della collettività indifferenziata, i cui componenti sono tutti ammessi ad avvalersi, a richiesta, delle prestazioni stesse.

Le sale giochi, in quanto locali ove è possibile fruire di una prestazione ludica e di svago, non configurano, seguendo l'elencazione contenuta nell'art. 50 co. 7 D.Lgs. 267/2000, né esercizi commerciali (non essendo la vendita l'attività principale praticata) né servizi pubblici, bensì, appunto, pubblici esercizi, di talché per dette sale il Sindaco può esercitare la potestà regolatoria degli orari di apertura e chiusura al pubblico.

Per sostenere l'illegittimità dell'ordinanza oggetto di gravame, non può affermarsi neppure che il potere regolatorio facente capo al Sindaco debba necessariamente essere preceduto da un atto di indirizzo del consiglio comunale, nella specie mancante, così come contestato con il secondo motivo di ricorso.

Osserva, infatti, il Collegio che, da un lato, la disposizione dell'art. 50 co. 7 sembra soltanto imporre la conformità dell'ordinanza sindacale agli indirizzi, ove esistenti, espressi dall'organo consiliare, dall'altro, il ricorrente non ha fornito alcun elemento a supporto di un presunto contrasto tra indirizzi precedentemente espressi dal consiglio comunale ed il contenuto dell'ordinanza gravata.

Del pari il Tribunale respinge il motivo afferente la violazione dell'art. 31 D.L. 201/2011, secondo il quale il principio della concorrenza nel settore del commercio deve essere coordinato con la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, incluso quello urbano, e dei beni culturali, in quanto la norma non vieta l'imposizione di limiti di orario. Precisamente, sotto tale profilo, la (sola) liberalizzazione degli orari e dei giorni di apertura al pubblico degli esercizi commerciali non può costituire di per sé un *vulnus*

agli altri beni e valori costituzionali diversi dalla concorrenza, tutti insieme tali principi potendo, ed anzi dovendo, essere coordinati e resi coerenti tra loro, al fine di assicurare il corretto ed ordinato sviluppo economico e sociale della collettività e dei cittadini singolarmente.

È questa, del resto, l'opinione anche della Corte costituzionale, secondo la quale le norme che limitano il gioco d'azzardo sono finalizzate a tutelare soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili, o per la giovane età o perchè bisognosi di cure di tipo sanitario o socio-assistenziale, ed a prevenire forme di gioco c.d. compulsivo oltre che ad evitare effetti pregiudizievoli per il contesto urbano, la viabilità e la quiete pubblica (Corte cost. sent. 220/2014, sent. 56/2015).

## **2. Legislazione regionale**

Il Comune di Schio, ad ogni modo, non si trova solo di fronte alla questione del *gambling*.

L'ordinanza del 23.03.2015, infatti, è figlia della congiunta presa di posizione dei Sindaci di Vicenza, Bassano del Grappa, Lonigo, Schio e Thiene, i quali hanno sottoscritto una lettera inviata al Presidente del Consiglio Matteo Renzi ed ai ministri affinché il decreto in cantiere sul mondo delle sale giochi tenga conto dei passi avanti fatti in questi anni dalle amministrazioni locali per contrastare il devastante fenomeno del gioco d'azzardo patologico, anche alla luce di dati socio-sanitari sempre più allarmanti.

D'altronde il Veneto è stata una delle prime Regioni ad elaborare, accanto alle misure contenute nei piani sanitari, proposte legislative volte a prevenire la diffusione dei fenomeni di dipendenza dal gioco, anche se lecito, ed a

tutelare le persone soggette ai rischi che ne derivano.

Il 27.04.2015 è stata approvata la Legge n. 6 (BUR n. 41 del 27.04.2015), il cui art. 20 detta *Disposizioni in materia di prevenzione, contrasto e riduzione del rischio dalla dipendenza dal gioco d'azzardo patologico (GAP)* e delle problematiche correlate, nonché del trattamento e del recupero delle persone che ne sono affette ed al supporto delle loro famiglie. A tale fine, i Comuni sono competenti in via generale all'attuazione della presente legge e, in particolare, possono individuare, secondo specifici criteri, la dislocazione territoriale delle sale da gioco e gli orari di apertura delle stesse; le aziende ULSS devono promuovere, a livello sperimentale, iniziative nei confronti di soggetti affetti da GAP e patologie connesse, adottando un programma di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, nonché fornire alle persone affette da GAP uno specifico programma terapeutico.

### **3. Il contesto**

Il GAP, al pari delle altre dipendenze comportamentali e da sostanze legali e illegali, è evoluto verso aspetti più complessi e problematici, assolutamente speculari ai grandi cambiamenti che connotano in diversa misura, ma in modo trasversale, la società odierna. Essa, infatti, appare caratterizzata da rapide trasformazioni che riguardano i valori, gli stili di vita, le rivoluzioni tecnologiche e comunicative, i mercati del lavoro, lo sviluppo della personalità e dei diversi comportamenti.

Le caratteristiche strutturali insite nei giochi d'azzardo attuali (facile accessibilità, rapidità delle giocate, suggestione degli effetti visivi e sonori, riscossione

immediata, falsa percezione di abilità, offerta continua e decontestualizzata) favoriscono il rapido passaggio dal gioco sociale a quello problematico fino all'instaurarsi della vera e propria dipendenza.

In particolare, con riguardo alla rivoluzione comunicativa, sono proprio le pubblicità e le sollecitazioni mediatiche a rappresentare un elemento particolarmente significativo: l'esposizione continua agli stimoli, che intriga, sollecita e favorisce illusorie sfide alla fortuna, infatti, risulta un alto fattore di rischio in quanto in grado di influenzare fortemente le persone più vulnerabili.

Anche per tale motivo, l'approccio delle amministrazioni locali, sebbene meritevole in quanto tendente a risolvere i problemi, non è da solo quello giusto.

Lo stesso TAR Veneto nella sentenza 811/2015 afferma che la riduzione degli orari di apertura delle sale giochi non rappresenta *ex se* misura "idonea a risolvere il grave problema che l'emersione di fenomeni quali la contrazione del lavoro e la crisi economica sociale ha reso facile e comodo viatico alla produzione di un reddito, peraltro solo presunto, in uno con il diffondersi di punti gioco mercé la sostanziale liberalizzazione del mercato che consente l'apertura di sale scommesse dei più vari operatori commerciali; e ciò sia perché l'accesso fisico alla sala giochi è facilmente sostituibile da parte della clientela più giovane mediante quello virtuale ai siti informatici, sia ricercando all'interno del territorio regionale quelle aree in cui il gioco non sia così limitato da provvedimenti sindacali consimili".

Bisogna partire, pertanto, da un confronto fra Stato, amministrazioni che regolano il settore, enti locali ed

operatori, i quali tutti devono studiare soluzioni che tutelino i soggetti deboli dai rischi legati al gioco d'azzardo patologico e contemporaneamente non aggravino la situazione di aziende ed esercizi pubblici che creano occupazione e che sono già provati da una lunga crisi economica.

#### **4. Considerazioni personali**

Il problema della ludopatia va affrontato nella sua complessità, attraverso una maggiore educazione al consumo, dando risposte contro i sistemi illegali come i *totem*, controllando maggiormente il mondo sommerso dell'*online*, proibendo pubblicità che portano le persone a pensare che sia facile vincere una casa con un biglietto di una lotteria o qualche migliaio di euro rispondendo ad una facile domanda in tv.

Oltre alla limitazione dei messaggi pubblicitari e di marketing nonché alla garanzia di forme reali e corrette d'informazione per il pubblico, auspicabili linee d'intervento consistono nella diminuzione, *in primis*, della disponibilità ambientale (riduzione del numero delle sale giochi, del numero delle *slot machine* e dei giochi *online*) e, *in secundis*, dell'accessibilità agli stimoli soprattutto da parte dei minori (effettivo divieto di gioco prima dei 18 anni), anche tramite corredo degli apparecchi digitali con segnali di *warning* e di *stop* in caso di comportamenti problematici del giocatore e/o mediante l'utilizzo di carte prepagate controllabili e tracciabili.

Oltretutto, tali azioni, che devono comunque essere permanenti, e non a *spot*, potrebbero trovare copertura finanziaria proprio con una parte degli introiti del gioco

d'azzardo (in Svizzera, ad esempio, il 5% degli introiti da gioco è già investito per attività di ricerca/prevenzione/cura sul tema stesso) come anche con le vincite non riscosse.

Il perno per la realizzazione di tali progetti di prevenzione e/o riabilitazione è la costruzione di una rete territoriale: il servizio pubblico è chiamato ad integrare l'intervento clinico, sia esso individuale, familiare o di gruppo, con un approccio che favorisca il dialogo tra istituzioni pubbliche e private che a diverso titolo si occupano di gioco d'azzardo (i Servizi per le Dipendenze dell'Azienda USL, gli enti locali, la Prefettura, le forze dell'ordine, il volontariato, le categorie economiche, il privato sociale, ecc.).

Lo scorso 13 ottobre si è svolta un'audizione del rappresentante del Governo presso la Commissione Finanze della Camera, terminata con l'impegno del Governo *"ad assumere iniziative, per quanto di competenza, volte a promuovere misure restrittive, sia di ordine normativo che amministrativo, finalizzate al contrasto della diffusione del gioco d'azzardo; a monitorare le attività che ruotano intorno al gioco d'azzardo al fine di eliminare quelle illecite che affiancano il gioco legale; ad assumere tutte le iniziative opportune perché siano destinate risorse adeguate al fine di riabilitare i giocatori dipendenti e prevenire l'ulteriore aumento dei malati; a prevedere nelle scuole primarie e secondarie dei percorsi specifici volti ad informare ed educare i giovanissimi ai rischi connessi ai vari tipi di giochi"*.

Concludendo, dato l'indiscutibile livello di pericolosità insito nel gioco d'azzardo, appare sempre più urgente un investimento da parte delle istituzioni nell'ambito della

prevenzione e del contenimento delle forme inadeguate di gioco, nonché in quello della sensibilizzazione ai rischi derivanti da un coinvolgimento smisurato nelle attività d'azzardo. Siffatto lavoro di prevenzione richiede una messa in rete di tutti i soggetti coinvolti in questa problematica: si tratta di favorire un'*équipe* interistituzionale allargata, capace di elaborare progettualità condivise coniugando "il sapere dell'*équipe* clinica" con il "sapere del territorio". Lavorare a favore della promozione di una cultura del gioco responsabile e del reinserimento sociale dei giocatori patologici significa porre l'attenzione sulla salute e sulla quotidianità dei soggetti, coinvolgendo la comunità intera.

**Avv. Eleonora Mercurio**



**Consiglio di Stato, Sezione III, 8 settembre 2015 n.4188, Wind Telecomunicazioni s.p.a contro Comune di Venezia nonché contro Regione Veneto (a conferma della sentenza breve del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE II n. 01291/2014, in materia di Diniego di autorizzazione paesaggistica riguardo al posizionamento di antenne per telecomunicazioni)**

**1. La vicenda – 2. Vincoli conformativi ed espropriativi: la differenza tra zonizzazione e localizzazione. 3. Legittimità dell'art. 50 Regolamento Edilizio Comunale di Venezia e della Circolare Regionale Veneto n. 12/2001 – 4. Mancata comunicazione di avvio del procedimento e violazione della tutela dell'affidamento – 5. Conclusioni**

1. Wind Telecomunicazioni s.p.a. in data 27.06.2013 ha presentato a mezzo PEC al Comune di Venezia istanza di autorizzazione, ai sensi dell'art. 87 del D. Lgs 259/2003, al fine di ottenere il rilascio del titolo unico per realizzare un impianto di telefonia<sup>1</sup> in località Favaro Veneto. Sull'istanza così presentata, non essendo stato comunicato nel termine di 90 giorni, prescritto dall'art. 87 comma 9 del decreto in questione, alcun provvedimento di diniego, si è perfezionato il titolo abilitativo *per silentium*: la società ha così avviato i lavori di realizzazione dell'impianto di pubblica utilità.

---

<sup>1</sup> L'art. 87 del d. lgs n. 259 del 2003 (codice delle comunicazioni elettroniche) prevede che: "1. L'installazione di infrastrutture per impianti radioelettrici e la modifica delle caratteristiche di emissione di questi ultimi e, in specie, l'installazione di torri, di tralicci, di impianti radio-trasmittenti, di ripetitori di servizi di comunicazione elettronica, di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche mobili GSM/UMTS, per reti di diffusione, distribuzione e contribuzione dedicate alla televisione digitale terrestre, per reti a radiofrequenza dedicate alle emergenze sanitarie ed alla protezione civile, nonché per reti radio a larga banda punto-multipunto nelle bande di frequenza all'uopo assegnate, viene autorizzata dagli Enti locali, previo accertamento, da parte dell'Organismo competente ad effettuare i controlli, di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, della compatibilità del progetto con i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità, stabiliti uniformemente a livello nazionale in relazione al disposto della citata legge 22 febbraio 2001, n. 36, e relativi provvedimenti di attuazione. 2. L'istanza di autorizzazione alla installazione di infrastrutture di cui al comma 1 è presentata all'Ente locale dai soggetti a tale fine abilitati. Al momento della presentazione della domanda, l'ufficio abilitato a riceverla indica al richiedente il nome del responsabile del procedimento. 3. L'istanza, conforme al modello di cui al modello A dell'allegato n. 13, realizzato al fine della sua acquisizione su supporti informatici e destinato alla formazione del catasto nazionale delle sorgenti elettromagnetiche di origine industriale, deve essere corredata della documentazione atta a comprovare il rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, relativi alle emissioni elettromagnetiche, di cui alla legge 22 febbraio 2001, n. 36, e relativi provvedimenti di attuazione, attraverso l'utilizzo di modelli predittivi conformi alle prescrizioni della CEI, non appena emanate. In caso di pluralità di domande, viene data precedenza a quelle presentate congiuntamente da più operatori. Nel caso di installazione di impianti, con tecnologia UMTS od altre, con potenza in singola antenna uguale od inferiore ai 20 Watt, fermo restando il rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità sopra indicati, e' sufficiente la denuncia di inizio attività, conforme ai modelli predisposti dagli Enti locali e, ove non predisposti, al modello B di cui all'allegato n. 13. 4. Copia dell'istanza ovvero della denuncia viene inoltrata contestualmente all'Organismo di cui al comma 1, che si pronuncia entro trenta giorni dalla comunicazione. Lo sportello locale competente provvede a pubblicizzare l'istanza, pur senza diffondere i dati caratteristici dell'impianto. 5. Il responsabile del procedimento può richiedere, per una sola volta, entro quindici giorni dalla data di ricezione dell'istanza, il rilascio di dichiarazioni e l'integrazione della documentazione prodotta. Il termine di cui al comma 9 inizia nuovamente a decorrere dal momento dell'avvenuta integrazione documentale. 6. Nel caso una Amministrazione interessata abbia espresso motivato dissenso, il responsabile del procedimento convoca, entro trenta giorni dalla data di ricezione della domanda, una conferenza di servizi, alla quale prendono parte i rappresentanti delle Amministrazioni degli Enti locali interessati, nonché dei soggetti preposti ai controlli di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, ed un rappresentante dell'Amministrazione dissidente. 7. La conferenza di servizi deve pronunciarsi entro trenta giorni dalla prima convocazione. L'approvazione, adottata a maggioranza dei presenti, sostituisce ad ogni effetto gli atti di competenza delle singole Amministrazioni e vale altresì come dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori. Della convocazione e dell'esito della conferenza viene tempestivamente informato il Ministero. 8. Qualora il motivato dissenso, a fronte di una decisione positiva assunta dalla conferenza di servizi, sia espresso da un'Amministrazione preposta alla tutela ambientale, alla tutela della salute o alla tutela del patrimonio storico-artistico, la decisione è rimessa al Consiglio dei Ministri e trovano applicazione, in quanto compatibili con il Codice, le disposizioni di cui agli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. 9. Le istanze di autorizzazione e le denunce di attività di cui al presente articolo, nonché quelle relative alla modifica delle caratteristiche di emissione degli impianti già esistenti, si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, fatta eccezione per il dissenso di cui al comma 8, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego. Gli Enti locali possono prevedere termini più brevi per la conclusione dei relativi procedimenti ovvero ulteriori forme di semplificazione amministrativa, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal presente comma. 10. Le opere debbono essere realizzate, a pena di decadenza, nel termine perentorio di dodici mesi dalla ricezione del provvedimento autorizzatorio espresso, ovvero dalla formazione del silenzio-assenso."

Con nota prot. gen. 2014/317894 del 28.07.2014 il Comune di Venezia ha però comunicato l'avvio del procedimento diretto all'annullamento in autotutela del silenzio-assenso, sul presupposto che il sito oggetto di intervento ricadesse all'interno di Zona Territoriale Omogenea "PV: Parcheggio e/o Verde attrezzato (parco, gioco) del VPRG del Comune di Venezia" e che l'intervento edilizio contrastasse con l'art. 50 del Regolamento Comunale Edilizio proprio in riferimento all'ubicazione dell'impianto progettato.

La società Wind, a seguito della comunicazione ricevuta, ha presentato dettagliate osservazioni volte a dimostrare come all'area non fosse stata impressa concretamente la destinazione prevista dal PRG: più in particolare, la stessa ha osservato che, non essendo stato realizzato alcun parco, il vincolo dovesse intendersi decaduto.

Il Comune, con il provvedimento prot. gen. 2014/342710, ha però ribadito che il sito oggetto di intervento ricadesse all'interno di ZTO della VPRG Terraferma Comune di Venezia e che, per questo motivo, fosse da considerarsi a tutti gli effetti sito sensibile ai sensi dell'art. 50 Regolamento Edilizio e della Circolare Regionale Veneto n. 12/2001. Ancora, il Comune ha altresì affermato che l'installazione dell'impianto avrebbe condotto all'impossibilità futura di disporre di tale area al fine di trasformarla in parco pubblico (sito sensibile) e ha, di conseguenza, annullato gli effetti scaturenti dal silenzio-assenso.

Il provvedimento d'annullamento d'ufficio, unitamente agli atti presupposti e connessi e, tra questi, il Regolamento Edilizio Comunale di Venezia e la Circolare Regionale Veneto n. 12 del 12.07.2001, è stato impugnato avanti al T.A.R. Veneto, il quale, con sentenza resa in forma semplificata, ha respinto il ricorso.

Avverso tale Sentenza ha proposto appello Wind Telecomunicazioni s.p.a., deducendo sei motivi di gravame.

Per una più ordinata esposizione si procederà all'analisi delle questioni sottese ai singoli motivi di impugnazione: più in particolare, con riferimento ai primi due, sarà necessario svolgere una ricostruzione degli istituti dei vincoli conformativi ed espropriativi, al fine di comprendere le conseguenze derivanti dalla loro apposizione.

Relativamente al terzo e quarto motivo sarà necessario analizzare la pluralità di fonti che concorrono a disciplinare la materia degli impianti di telecomunicazione, al fine di verificare la legittimità della Circolare Regionale n. 12 del 2001 e dell'art. 50 del Regolamento Comunale Edilizio.

Gli ultimi due motivi, invece, richiedono una breve ricostruzione dell'istituto dell'annullamento d'ufficio previsto dall'art. 21 *nonies* e del secondo comma dell'art. 21 *octies*.

2. L'appellante ha contestato la legittimità del provvedimento del Comune affermando che l'aver imposto un vincolo di destinazione ad una zona determinata, poi rimasto inattuato, non preclude la possibilità di realizzare interventi di pubblica utilità, almeno sino a quando la destinazione non sarà definitivamente effettuata e non ne sarà valutata, in concreto, l'incompatibilità.

In secondo luogo, è stato sostenuto che, affinché il provvedimento di annullamento possa ritenersi legittimo, è necessario che la destinazione derivante dal vincolo sia effettivamente realizzata, altrimenti restando inopinata la decisione del Comune di annullare in autotutela il silenzio-assenso per garantire una destinazione *de futuro*: di conseguenza, per l'appellante, la mancata effettiva attuazione del vincolo ad area di parcheggio e/o verde attrezzato avrebbe comportato la decadenza dello stesso.

Risulta opportuno allora volgere l'attenzione alla categoria degli strumenti urbanistici, provvedendo poi alla distinzione tra vincoli conformativi e vincoli espropriativi.

I piani urbanistici sono gli strumenti mediante i quali l'amministrazione provvede al governo del territorio elaborando misure e programmi di intervento che ne disciplinano l'assetto, l'uso e la gestione. Attraverso tali piani si svolge, dunque, la funzione urbanistica.

Essi contengono statuizioni che valgono per l'intero territorio cui si riferiscono e si compongono di una parte cartografica, che raffigura i territori interessati, ed una parte normativa, contenente le regole costruttive ed i vincoli da rispettare. Le tipologie di piani previste dalle fonti statali e regionali sono

molteplici e spesso caratterizzate da nomenclature non uniformi che ne impediscono un'agevole classificazione.

Da una disamina della legge n. 1150 del 1942, ed i successivi interventi normativi in materia, è possibile distinguere tra pianificazione programmatica –regionale, provinciale e comunale- e pianificazione attuativa, di livello comunale.

Tra i piani programmatici, quello che assume un rilievo particolare, è il piano regolatore generale: con il p.r.g. la pubblica amministrazione provvede a pianificare in via generale lo sviluppo urbanistico ed edilizio dell'intero territorio comunale.

La sua disciplina è contenuta nell'art. 7<sup>2</sup> della Legge urbanistica 1150/1942 (come modificato dall'art. 1 della legge n. 1187 del 1968).

Le prescrizioni del piano regolatore generale possono essere distinte in due grandi categorie: zonizzazione e localizzazione.

La prima, che nel caso esaminato risulta essere di fondamentale importanza, consiste nella divisione del territorio comunale in grandi aree omogenee caratterizzate da una comune vocazione, nonché da una certa tipologia e volumetria di edifici, fissata tenendo conto degli standard urbanistici che le amministrazioni devono rispettare nella programmazione urbanistica.

La zonizzazione può distinguersi in funzionale o architettonica: la prima è volta ad indicare la determinazione dell'uso che dovrà farsi delle singole parti di un compendio territoriale; la seconda definisce le precise caratteristiche che devono possedere in genere le abitazioni e le costruzioni in un dato comparto territoriale, con riferimento ai vincoli e alle tipologie di ciascuna zona, in particolare di quelle aventi carattere storico, ambientale e paesaggistiche.

La localizzazione, invece, è data dall'insieme delle prescrizioni attraverso le quali vengono individuate le aree destinate alla realizzazione di urbanizzazione primaria e secondaria.

La distinzione tra queste due categorie ha permesso di comprendere fino a che punto possano spingersi i limiti alla proprietà privata senza sconfinare nell'ablazione sostanziale del diritto proprietario e consente di procedere alla distinzione tra vincoli conformativi ed espropriativi<sup>3</sup>.

Il diritto di proprietà, previsto e disciplinato dal codice civile agli artt. 832 e ss., trova espresso riconoscimento anche nell'art. 42 Cost.<sup>4</sup>, dalla cui lettura viene in rilievo il c.d. principio di funzionalizzazione del diritto di proprietà, con conseguente possibilità, espressamente prevista dal terzo comma dello stesso, di espropriazione per motivi di interesse generale.

Proprio con riferimento all'art. 42 della Costituzione, nella parte in cui prevede che *“la legge ne determina i [...] limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale”* è venuta delineandosi la figura del c.d. *“potere conformativo”*, con cui si intende il potere facente capo alla pubblica amministrazione di connotare giuridicamente la proprietà privata in senso limitativo.

Delineandone i tratti caratteristici, la Corte di Cassazione ha affermato che il potere conformativo sconfinava in quello ablativo nel momento in cui le limitazioni imposte alla proprietà non siano semplicemente rivolte al contemperamento dell'interesse pubblico e privato, ma determinino un vero

---

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

<sup>3</sup> La distinzione ha rivestito, inoltre, una fondamentale importanza in materia di espropriazione c.d. di valore. Espressione che fa riferimento a quelle limitazioni imposte al diritto dominicale che, pur lasciando in capo all'originario proprietario la titolarità del bene, finiscono comunque per incidere significativamente sul diritto di proprietà, svuotandolo di fatto del suo contenuto e della sua concreta utilità sostanziale. Per la loro natura sono state definite anche espropriazioni larvate. BELLOMO, *Nuovo sistema del diritto amministrativo*, Vol. 2- Attività, Bari, 2013.

<sup>4</sup> Art. 42 Cost: *“1. La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. 2. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriato per motivi di interesse generale. 4[...].”*

e proprio azzeramento del suo contenuto andando a violare il minimo garantito di poteri dispositivi e di godimento<sup>5</sup>.

La questione si è poi sviluppata nel corso degli anni, prendendo le mosse dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 55 del 1968 e giungendo sino alla sentenza n. 179 del 1999, la quale ha definitivamente risolto i problemi attinenti ai vincoli apposti al diritto di proprietà ed alla loro durata<sup>6</sup>. La Corte, inoltre, ha poi ripreso la distinzione tra atti conformativi e atti ablativi, individuando i vincoli non indennizzabili. Tali sarebbero, in primo luogo, i vincoli che incidono su intere categorie di beni, di durata illimitata nel tempo e connaturati allo statuto proprietario, quali i vincoli che imprimono una certa qualità, i vincoli paesistici, storico-artistici ed archeologici; a questi si aggiungono poi i vincoli posti dalla pianificazione urbanistica e privi di carattere ablatorio.

In questa ricostruzione, è possibile allora dare definitiva collocazione alla zonizzazione ed alla localizzazione.

Rientrano nella c.d. zonizzazione quelle disposizioni del p.r.g. espressive del potere conformativo della pubblica amministrazione, volte a suddividere il territorio comunale in ampie zone funzionali coinvolgenti una pluralità di beni omogenei. Come tali essi rispondono ad una generale esigenza di programmazione del territorio.

Alla localizzazione sono riconducibili, invece, quelle prescrizioni che prevedono la realizzazione di opere che incidono su singole e ben individuate aree, impedendo al proprietario di edificare sulle stesse ed imponendo, quindi, vincoli espropriativi.

La zonizzazione, inoltre, impone vincoli di edificabilità su categorie omogenee di beni ed ha valore a tempo indeterminato (ai sensi dell'art. 11 legge 1150/1942<sup>7</sup>), impedendo di costruire in assoluto, o consentendolo solo entro certi limiti volumetrici; le localizzazioni, che determinano le aree preordinate all'espropriazione per pubblica utilità, riguardano, invece, singole e determinate aree.

Calandosi nel caso concreto, quindi, è possibile comprendere perché il Consiglio di Stato, come anche il Giudice di prime cure, abbia ricondotto la destinazione dell'area a parcheggio e/o a verde attrezzato alla categoria dei vincoli conformativi e non, invece, a quelli espropriativi.

La stessa, difatti, non spoglia il titolare del diritto di proprietà del contenuto minimo di godimento e disposizione del bene ma, semplicemente, conforma in modo omogeneo una zona al fine di garantirne la funzione sociale. Funzione che, lo si ricorda, è espressamente riconosciuta dall'art. 42 della Costituzione e che, nel caso concreto, risulta essere quella di destinazione ad area di parcheggio e/o verde attrezzato.

Infine, non è possibile nemmeno ipotizzare un'eventuale installazione degli impianti di telecomunicazione in attesa dell'effettiva e concreta destinazione della zona: ciò perché vi sarebbe un contrasto con la *ratio* del vincolo conformativo.

Quest'ultimo ha il solo ed unico scopo di rendere omogenee determinate zone comprendenti una pluralità di beni omogenei per garantire in via preventiva l'ordinato e organico assetto del territorio. Inoltre, permettere un lavoro in attesa di un'effettiva e concreta destinazione porterebbe a conseguenze a dir poco irragionevoli: da un lato, la pubblica amministrazione, dopo aver consentito l'installazione richiesta degli impianti, dovrebbe poi ordinare al privato la riduzione in pristino per

---

<sup>5</sup> Cass. Civ., Sez. I, 4 giugno 2014, n. 12548; Cons. Stato., Sez. IV, 4 giugno 2014, n. 2855; Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 31 ottobre 2013, n. 2415; Cons. Stato, V Sezione, 11 giugno 2013, n. 3234.

<sup>6</sup> La stessa ha affermato che *“la reiterazione in via amministrativa di vincoli decaduti (preordinati all'espropriazione o con carattere sostanzialmente espropriativo), ovvero la proroga in via legislativa o la particolare durata dei vincoli stessi prevista in talune regioni a statuto speciale non sono fenomeni di per sé inammissibili dal punto di vista costituzionale. Infatti possono esistere ragioni giustificative accertate attraverso una valutazione procedimentale (con adeguata motivazione) dell'amministrazione preposta alla gestione del territorio o rispettivamente apprezzate dalla discrezionalità legislativa (entro i limiti della non irragionevolezza e non arbitrarietà).*

*Invece, assumono certamente carattere patologico quando vi sia una indefinita reiterazione o una proroga sine die o all'infinito (attraverso la reiterazione di proroghe a tempo determinato che si ripetano aggiungendosi le une alle altre), o quando il limite temporale sia indeterminato, cioè non sia certo, preciso e sicuro e, quindi, anche non contenuto in termini di ragionevolezza. Ciò ovviamente in assenza di previsione alternativa dell'indennizzo, e fermo, beninteso, che l'obbligo dell'indennizzo opera una volta superato il periodo di durata (tollerabile) fissato dalla legge (periodo di franchigia).”*

<sup>7</sup> Ciò significa che cessa di avere efficacia solo in seguito all'approvazione di un nuovo strumento urbanistico o di sue varianti.

poter realizzare la concreta destinazione che, proprio per la presenza dei lavori dalla stessa autorizzati, risulterebbe impossibile; dall'altro, il privato, dopo aver portato a termine i lavori autorizzati sostenendone i relativi costi, sarebbe costretto ad eliminare i lavori compiuti al fine di consentire la realizzazione della destinazione dell'area.

È evidente che, anche in questo caso, il privato potrebbe nuovamente contestare il potere della pubblica amministrazione poiché l'ordine sarebbe volto alla realizzazione di una destinazione non ancora realizzata.

Il problema, dunque, ammettendo una simile ricostruzione, "uscirebbe dalla porta per rientrare dalla finestra", portando con sé ulteriori complicazioni<sup>8</sup>.

**3.** Di particolare interesse appare la contestazione mossa dall'appellante alla Circolare Regionale n. 12 del 2001 e all'art. 50 Regolamento Comunale Edilizio: questi afferma che la Regione avrebbe dovuto individuare i criteri, ai sensi dell'art. 3, comma 1 lettera d), n. 1 della L. 36/2001, con Legge Regionale e non con Circolare.

Il Consiglio di Stato, rigettando il motivo perché generico, ha tuttavia riconosciuto la legittimità della Circolare e dell'art. 50 del Regolamento riconducendo la legittimità di quest'ultimo non alla Circolare, bensì alla normativa statale e regionale di riferimento<sup>9</sup>. I Giudici di Palazzo Spada affermano, infatti, che la circolare regionale assume natura di mero atto di indirizzo rivolto ai Comuni e contenente le direttive urbanistiche volte ad uniformare i comportamenti.

Sul punto, appare opportuno fare una breve ricostruzione delle fonti che concorrono a disciplinare la materia in esame.

Fonte a livello statale risulta essere la Legge quadro n. 36 del 2001 la quale all'art. 1 indica come finalità quella di dettare i principi fondamentali in materia di tutela della salute e di tutela dell'ambiente e del paesaggio<sup>10</sup>.

All'art. 3, comma 1, lett. d) n.1, la legge quadro prevede inoltre che "*d) obiettivi di qualità sono: 1) i criteri localizzativi, gli standard urbanistici, le prescrizioni e le incentivazioni per l'utilizzo delle migliori tecnologie disponibili, indicati dalle leggi regionali secondo le competenze definite dall'articolo 8.*"

Al comma sesto dell'art. 8, norma relativa alle competenze delle regioni, province e comuni, la legge esaminata prevede inoltre che "*I comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici.*"

La circolare Regionale Veneto n. 12 del 2001 richiama espressamente l'art. 8 della Legge Quadro 36/01 stabilendo che i Comuni possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale.

Appare opportuno allora ricostruire il quadro delle fonti che concorrono a disciplinare l'ambito delle installazioni di impianti di telecomunicazione e dell'esposizione a campi elettromagnetici, tenendo conto della riforma del titolo V della Costituzione<sup>11</sup>, intervenuta qualche mese dopo l'entrata in vigore della legge quadro 36/2001, con cui è stato modificato l'assetto della potestà legislativa e regionale: l'art. 117 Cost., nella sua attuale formulazione, prevede un elenco di materie rientranti nella potestà

---

<sup>8</sup> Si pensi al dispendio economico che deriverebbe da una simile operazione. Non solo per la pubblica amministrazione, costretta, nel caso di mancato volontario adeguamento da parte del privato, ad emanare provvedimenti coattivi, dopo essere stata lei stessa a consentire la costruzione degli impianti (così violando i canoni di economicità, efficienza, e di buon andamento); ma anche per il privato che, pur di realizzare i lavori, seppur in via temporanea, si vedrebbe poi costretto ad eliminare quanto costruito.

<sup>9</sup> Espressamente richiamate dalla circolare nelle sue premesse.

<sup>10</sup> Legge quadro n. 36 del 2001: Art. 1 "*La presente legge ha lo scopo di dettare i principi fondamentali diretti a: a) assicurare la tutela della salute dei lavoratori, delle lavoratrici e della popolazione dagli effetti dell'esposizione a determinati livelli di campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici ai sensi e nel rispetto dell'articolo 32 della Costituzione; b) promuovere la ricerca scientifica per la valutazione degli effetti a lungo termine e attivare misure di cautela da adottare in applicazione del principio di precauzione di cui all'articolo 174, paragrafo 2, del trattato istitutivo dell'Unione Europea; c) assicurare la tutela dell'ambiente e del paesaggio e promuovere l'innovazione tecnologica e le azioni di risanamento volte a minimizzare l'intensità e gli effetti dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici secondo le migliori tecnologie disponibili.*"

<sup>11</sup> Avvenuta con la L. Cost. n. 3 del 2001.

legislativa esclusiva dello Stato, un ulteriore elenco di materie rientranti nella potestà concorrente di Stato e Regioni e, infine, individua la potestà legislativa regionale come residuale.

Le installazioni di impianti di comunicazioni elettroniche, che trovano disciplina a livello statale nel D. Lgs. 259 del 2003<sup>12</sup> e nella Legge quadro n. 36 del 2001, possono essere ricondotte sia alla materia della tutela della salute sia alla materia del governo del territorio.

Ai sensi dell'art. 117, comma terzo Cost., può essere considerata, quindi, materia di legislazione concorrente. In quest'ipotesi, la potestà legislativa spetta alle Regioni, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Si tratta dunque di comprendere se, in materia di impianti elettromagnetici, la normativa risultante dalla Legge quadro n. 36/2001 e delle Leggi Regionali richiamate espressamente dalla Circolare Regionale n. 12/2001 (L.R. n. 61 del 1985; L.R. n. 29 del 1993)<sup>13</sup> possa essere ritenuta rispettosa del riparto risultante dall'art. 117 Cost.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto la materia disciplinata in tutti i suoi aspetti: la legge quadro n. 36 del 2001, infatti, prevede i principi fondamentali, mentre le Leggi Regionali richiamate disciplinano l'assetto e l'uso del territorio nonché i criteri per garantire la tutela igienico sanitaria della popolazione.

Tuttavia, la Circolare impugnata prevede che *“Per quanto attiene ai contenuti, il regolamento [ da intendersi quello comunale come sopra già espressamente richiamato] **oltre a comprendere** quanto già previsto per i piani di localizzazione di cui alla D.G.R. 29.12.1998 n. 5268, potrà nel rispetto dei seguenti criteri ed indirizzi: [...] b) definire i siti sensibili (scuole, asili, ospedali, case di cura, parchi e aree per il gioco e lo sport ecc.), in corrispondenza dei quali può essere esclusa l'installazione di impianti di telecomunicazione; [...]”*.

I criteri indicati dalla circolare nella parte successiva alla locuzione *“oltre a comprendere...”* potrebbero essere considerati ulteriori e diversi rispetto a quelli già espressamente richiesti dalle previgenti Leggi Regionali.

A questo punto, appare legittimo chiedersi se, con riferimento proprio a questi ulteriori criteri – sui quali è fondata anche parte dell'art. 50 del Regolamento Comunale-, la Regione possa avvalersi di una semplice circolare o se, viceversa, debba provvedere con apposita Legge Regionale. Se poi, una volta data risposta a questo quesito, si dovesse ritenere necessaria la Legge Regionale, sarà fondamentale verificare se, nel caso in esame, sia o meno possibile ritenere sussistente una copertura normativa a livello regionale, con riferimento ai c.d. siti sensibili.

Com'è noto, la circolare è l'atto con il quale la pubblica amministrazione fornisce indicazioni generali ed astratte in relazione al comportamento di dipendenti ed uffici.

Il suo esatto inquadramento dogmatico è ampiamente dibattuto. Secondo una parte della dottrina la circolare altro non sarebbe che una norma interna espressiva del potere di autorganizzazione o di quello di supremazia speciale; secondo altra impostazione, le circolari non sarebbero riconducibili alla norme interne, consistendo in mere misure di conoscenze aperte ai più differenti contenuti e distinte dagli stessi<sup>14</sup>.

Le circolari possono distinguersi in interorganiche ed intersoggettive. Le prime sono quelle indirizzate da un organo o un ufficio ad altri organi od uffici dello stesso ente; le seconde sono invece inviate ad enti diversi dall'autorità emanante, spesso in funzione di coordinamento.

Dovendo considerarsi, Comuni e Regioni, ai sensi dell'art. 114 Cost., secondo comma, come enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni, secondo i principi fissati dalla Costituzione, la presente circolare può essere qualificata come circolare intersoggettiva.

---

<sup>12</sup> C.d. codice delle comunicazioni elettroniche.

<sup>13</sup> La prima regola le norme per l'assetto e l'uso del territorio; la seconda riguarda la tutela igienico sanitaria della popolazione dalla esposizione a radiazioni non ionizzanti generate da impianti per teleradiocomunicazioni.

<sup>14</sup> TAR Basilicata n. 197 del 2000; BASSI, *Circolari amministrative*, in *Dig. Disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 54 ss.; GIANNINI, *Circolare*, in *Enc. Dir.*, VII Milano, 1960, 1 ss.

A questo punto, appare legittimo domandarsi quale sia la natura giuridica della circolare intersoggettiva e comprendere se, nella materia in esame, si possa riscontrare un vuoto normativo tra fonte primaria di rango statale e regolamento comunale.

La tesi maggioritaria nega alle circolari intersoggettive efficacia vincolante, in ragione della mancanza in capo all'autorità emanante di un potere di supremazia speciale nei confronti di quella destinataria, e riconosce ad esse un mero valore di suggerimento. Un altro orientamento, invece, nega la possibilità di stabilire *a priori* quale sia la natura di siffatte circolari. Tuttavia, anche volendo ammettere una limitata efficacia esterna alla circolare, è altrettanto vero che, nelle materie rientranti nel novero della legislazione concorrente, la legge regionale non possa in alcun modo essere sostituita da altri provvedimenti (quali ad esempio regolamenti e circolari) distinguendosi la fonte legislativa dalle altre fonti anche grazie all'*iter* richiesto per la sua formazione.

Per completezza e per meglio comprendere il ruolo delle diverse fonti destinate a disciplinare la materia, un breve cenno va svolto con riferimento alla potestà regolamentare riconosciuta ai Comuni. Prima della riforma costituzionale del Titolo V della Costituzione, veniva in rilievo, in primo luogo, l'art. 7 TUEL il quale prevedeva che *“Nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dallo statuto, il comune e la provincia adottano regolamenti nelle materie di propria competenza ed in particolare per l'organizzazione e il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni”*.

Per comprendere al meglio la locuzione finale dell'articolo sopra nominato *“e per l'esercizio delle funzioni”* era poi necessario esaminare l'art. 13 del TUEL il quale prevede che *“spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze. [...]”* Pacificamente riconosciuta la natura normativa dei regolamenti comunali, ne era però discussa la collocazione nel sistema delle fonti: più in particolare ci si domandava se gli stessi dovessero essere considerati norma di secondo o di terzo grado. La questione veniva sollevata con riferimento all'art. 4 comma 2 delle preleggi, prevedendo quest'ultimo che *“i regolamenti emanati a norma del secondo comma dell'art. 3 (regolamenti adottati da autorità diverse dal Governo) non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo”*. Tuttavia, la questione è stata risolta proprio alla luce della nuova formulazione dell'art. 117. Cost. che, nel fissare la potestà regolamentare, espressamente stabilisce che *“[...] I Comuni, le Province e le città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite”*<sup>15</sup>.

Dalla lettura poi, dell'art. 4 della L. 131/2003, attuante la previsione costituzionale, risulta inoltre che la disciplina delle funzioni dei comuni è riservata alla potestà regolamentare dell'ente locale, nell'ambito della legislazione statale o regionale, che ne assicura i requisiti minimi di uniformità, secondo le rispettive competenze.

I regolamenti comunali costituiscono quindi fonti secondarie nell'ordinamento comunale. Più precisamente, nelle materie non rientranti nella competenza statutaria, essi sono subordinati alla legge, statale o regionale<sup>16</sup>. Quest'ultima prescrizione è un corollario del principio di legalità cui il regolamento comunale deve rispondere, essendo quest'ultimo atto formalmente amministrativo chiamato a disciplinare le funzioni amministrative, attribuite ai Comuni con la legge che le istituisce o le trasferisce in attuazione dell'art. 118 Cost<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup>Si ricorda che l'art. 117 Cost. ricomprende, tra le materie rientranti nella potestà esclusiva dello Stato, anche le funzioni fondamentali di Comuni Province e Città metropolitane.

<sup>16</sup>Di conseguenza, anche in materia di assetto ed utilizzazione del territorio i regolamenti comunali debbano essere considerati come fonte subordinata alla legge, statale e regionale.

<sup>17</sup> Art. 118 Cost., primo comma: *“Le funzioni amministrative sono attribuite ai comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza”*.

Nel caso esaminato, la norma contestata - art. 50 Regolamento Edilizio Comunale- è stata inserita all'interno del regolamento edilizio<sup>18</sup>.

L'atto in questione ha, dunque, natura normativa ed è da considerarsi fonte secondaria nell'ordinamento comunale.

Con riferimento al rapporto con la normativa statale e regionale, si ricorda che, come sopra già esaminato, la legge quadro n. 36 del 2001 conferisce al Comune, ai sensi dell'art. 8 comma sesto, la potestà regolamentare al fine di garantire il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e di minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici, ferma restando la potestà legislativa regionale ai sensi dell'art. 3 comma 1 lett. d) n. 1 nel prevedere i criteri localizzativi.

Seppur vero che da una prima lettura della Circolare Regionale n. 12 del 2001 potrebbe ritenersi che l'art. 50 del Regolamento Comunale Edilizio, con riferimento alla previsione di limitazioni ulteriori di siti sensibili, trovi la propria legittimazione nella stessa circolare –la quale non ha, come già sopra esaminato, natura normativa-, è sufficiente richiamare l'art. 1 della L.R. 61 del 1985<sup>19</sup> per comprendere perché il Consiglio di Stato abbia ritenuto che l'art. 50 avesse sufficiente copertura statale e regionale.

Sebbene dal punto di vista letterale, in realtà, la legge regionale non faccia alcun riferimento ai siti sensibili, la legittimità dell'art. 50 del Regolamento Comunale può essere dedotta dall'individuazione della *ratio* della Legge quadro n. 36 del 2001 e delle Leggi Regionali adottate per stabilire i relativi criteri di dettaglio.

Le leggi sopra richiamate, difatti, come già sottolineato dai Giudici di Palazzo Spada<sup>20</sup>, attribuiscono al Comune il potere di tutelare zone e beni di particolare pregio ambientale, paesaggistico o storico-artistico ovvero, per ciò che riguarda la minimizzazione dell'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici, di individuare siti che, per la destinazione d'uso o la qualità degli utenti, possano essere considerati sensibili alle emissioni radioelettriche<sup>21</sup>.

Questo non significa che lo strumento possa trasformarsi in limitazioni generalizzate alla localizzazione degli impianti di telefonia mobile per intere ed estese porzioni del territorio comunale, ma consente al Comune di individuare zone vicino alle quali è preferibile escludere la costruzioni di simili emittenti, purché le stesse vengano individuate rispettando il principio di ragionevolezza e proporzionalità<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Quest'ultimo definibile come lo strumento di disciplina dell'attività edilizia preordinato a definirne gli aspetti tecnici, igienico sanitari, in conformità alle previsioni dei piani urbanistici. Il regolamento è previsto dall'art. 4 T.U. edilizia, che sostituisce quello originario previsto dall'art. 33 della Legge n. 1150/1942, il quale prevede che *“il regolamento che i comuni devono adottare ai sensi dell'art. 2 comma 4 [nell'ambito dunque della propria autonomia statutaria e normativa di cui all'art. 3 del T.U.E.L.] deve contenere la disciplina delle modalità costruttive, con particolare riguardo al rispetto delle normative tecnico-estetiche, igienico-sanitarie, di sicurezza e vivibilità degli immobili e pertinenze degli stessi.”*

La scelta di inserire la disciplina di attuazione della legge quadro n. 36 del 2001 e delle relative legge regionali all'interno del regolamento edilizio appare, a parere di chi scrive, ragionevole ed opportuna: la materia in esame, per la natura degli interessi rilevanti da prendere in considerazione (più in particolare, governo del territorio e collocazione di impianti a frequenze elettromagnetiche incidenti sul diritto alla salute della popolazione), ha ragione di essere disciplinata da strumenti destinati a regolare l'uso e l'assetto del territorio.

<sup>19</sup> *“La gestione e la trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio della Regione sono programmate e disciplinate nel rispetto dei seguenti obiettivi:*

*1) salvaguardia e valorizzazione delle componenti ambientali, culturali, economiche e sociali del territorio;*

*2) equilibrato sviluppo della comunità regionale attraverso il controllo pubblico degli insediamenti produttivi e residenziali secondo criteri di economia nella utilizzazione del suolo e delle sue risorse;*

*3) l'approfondita e sistematica conoscenza del territorio in tutti gli aspetti fisici, storici e socio-economici. Le scelte per l'assetto del territorio sono stabilite in armonia con la programmazione nazionale e regionale, garantendo la partecipazione degli enti, delle organizzazioni sociali e dei cittadini. In attuazione di quanto disposto dagli artt. 48 e 55 dello Statuto, alle Province sono delegate funzioni amministrative relative all'urbanistica, nei limiti e con le modalità previsti dalla presente legge. Al fine di assicurare l'uniformità nell'esercizio delle funzioni delegate, le Province sono tenute all'osservanza delle direttive e degli indirizzi emanati in materia dalla Regione.”*

<sup>20</sup> Cons. Stato, Sez. III, 28.11.2013, n. 5639.

<sup>21</sup> La legge regionale espressamente fa riferimento alla *“salvaguardia e valorizzazione delle componenti ambientali”*.

<sup>22</sup> Ragionevolezza che il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistente nel caso in esame. Lo stesso ha infatti affermato che *“non pare irragionevole né illegittima la previsione del Regolamento Edilizio Comunale di Venezia, in una con quella, di indirizzo, della Circolare Regionale Veneto n. 12 del 12.07.2001, di annoverare tra i siti sensibili le aree ricomprese a verde attrezzato, atteso che*



4. L'appellante, infine, ha contestato la legittimità del provvedimento di annullamento d'ufficio adottato dal Comune per violazione dell'art. 7, L. 241/90, affermando che nel provvedimento finale adottato dal Comune, quest'ultimo abbia allegato ragioni diverse rispetto a quelle indicate nella comunicazione di avvio del procedimento, violando così il suo diritto di partecipazione.

L'art. 7 della legge sul procedimento amministrativo prescrive in capo alla pubblica amministrazione il dovere di comunicare l'avvio del procedimento nei confronti dei soggetti rispetto ai quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti<sup>23</sup>.

Tuttavia, questa norma, non comporta necessariamente l'illegittimità dello stesso (precisamente l'annullabilità), ex art. 21 *octies* L. 241/90.

L'art. 7 deve essere letto, difatti, congiuntamente al secondo comma dell'art. 21 *octies* il quale prevede che *“Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso”*.

All'interno del medesimo comma vi sono due differenti disposizioni. È discusso se tra le stesse vi sia un rapporto di *genus a species*.

Il primo periodo, invero, oltre a prevedere come necessario requisito la “violazione di norme sul procedimento o sulla forma” richiede altresì che l'atto abbia natura vincolata e che sia “palese” che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso. Il secondo comma, di contro, non fa alcun riferimento alla natura vincolata dell'atto e richiede che sia l'amministrazione a dimostrare in giudizio che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso. Inoltre, il secondo periodo, nel prevedere che *“non è comunque”* annullabile l'atto così emanato lascerebbe intendere che, a differenza del primo periodo, il vizio di mancata comunicazione non comporti l'annullabilità del provvedimento, anche se quest'ultimo sia discrezionale.

È opinione consolidata che tra i due periodi vi sia un rapporto di specialità reciproca: la prima parte del secondo comma dell'art. 21 *octies* è a sua volta speciale, perché contempla i provvedimenti amministrativi vincolati, mentre la seconda parte non distingue, comprendendo anche i provvedimenti discrezionali<sup>24</sup>.

Con riferimento al secondo periodo, più in particolare, si è ritenuto che il legislatore abbia codificato l'orientamento giurisprudenziale maturato in ordine ai casi di irrilevanza della mancata comunicazione<sup>25</sup> o, ancora meglio, i casi di ininfluenza della partecipazione del privato.

Il giudizio che deve essere svolto dal giudice, dunque, per stabilire se il vizio procedimentale possa portare all'annullamento dell'atto o meno, deve essere di eliminazione mentale: eliminato mentalmente il vizio, il procedimento amministrativo deve essere ricostruito ipotizzando che la comunicazione dell'interessato sia stata data, verificando se la sua partecipazione avrebbe potuto modificare la decisione adottata. Solo se l'esito di questa simulazione è certamente negativo il provvedimento non sarà annullabile.

Conclusione seguita anche dal Consiglio di Stato il quale ha ritenuto che, essendo l'atto vincolato e non avendo l'appellante allegato alcuna prova che facesse propendere per un contenuto diverso del provvedimento impugnato, il motivo dovesse essere rigettato<sup>26</sup>.

---

*tali aree possono esporre gli utenti e, in particolare, utenti particolarmente sensibili – bambini in tenera età, adolescenti, persone disabili che frequentano tali aree ludico-ricreative- all'emissione, prolungata e ravvicinata, di onde potenzialmente nocive per la loro salute.”*

<sup>23</sup> CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, sedicesima edizione, Milano, 2014.

<sup>24</sup> T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, n. 6693/2006.

<sup>25</sup> T.A.R. Campania Napoli, sez. II, n. 8683/2006; T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II, 2875/2006.

<sup>26</sup> Sebbene la norma in esame preveda l'onere della prova in capo alla pubblica amministrazione è pacificamente riconosciuto, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, l'onere anche per la parte incisa sfavorevolmente di allegare e provare gli elementi ulteriori che

Infine, l'appellante ha altresì affermato la violazione del legittimo affidamento, formatosi in capo alla stessa a seguito al perfezionamento del silenzio-assenso ai sensi dell'art. 87, d. lgs 259 del 2003.

Viene allora in rilievo l'art. 21 *nonies*, rubricato "Annullamento d'ufficio", che prevede la possibilità per la pubblica amministrazione di annullare il provvedimento amministrativo illegittimo purché sussistano ragioni di interesse pubblico e il provvedimento in autotutela sia adottato entro un termine ragionevole, tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Il motivo è stato ritenuto infondato, sia dai Giudici di primo grado che dal Consiglio di Stato, in quanto il provvedimento in autotutela è stato adottato circa tre mesi dopo il perfezionamento del silenzio.

La norma che consente l'annullamento d'ufficio, difatti, non prevede un termine prestabilito oltre il quale non è più possibile annullare l'atto, ma richiede semplicemente che il termine sia ragionevole, consentendo così di esaminare di volta in volta se il canone sia rispettato o meno.

Nella controversia oggetto d'esame, invero, anche a parere di chi scrive, il termine di tre mesi deve essere ritenuto ragionevole, soprattutto per la complessità della materia attinente alle installazioni di telecomunicazione.

**5.** In materia di installazioni di impianti di telecomunicazione e di protezione dall'esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici si ravvisano dunque una pluralità di questioni giuridiche di particolare interesse: è stato possibile esaminare la distinzione tra vincoli conformativi ed espropriativi con riferimento alle contestazioni mosse alla destinazione dell'area ed alla mancata realizzazione della stessa; ancora, è stato necessario ricostruire il riparto tra potestà legislativa, statale e regionale, ed individuare il ruolo svolto dai regolamenti comunali al fine dell'attuazione delle disposizioni di legge per poter comprendere, da un lato, la natura della Circolare Regionale n. 12 del 2001, dall'altro, la completezza delle discipline; infine, con riferimento ai vizi del procedimento, si è potuto svolgere una disamina, seppur breve, degli istituti dell'illegittimità non invalidante e dell'annullamento d'ufficio.

È stato allora possibile ripercorrere l'*iter* logico seguito dal Consiglio di Stato al fine di rigettare l'appello proposto da Wind Telecomunicazioni s.p.a. e confermare la sentenza di primo grado.

Avv. Laura Villan

---

avrebbero potuto contribuire all'adozione di un provvedimento di contenuto differente. Tale interpretazione è giustificata da una lettura congiunta degli artt. 7, 8 e 10 legge 241/90.

## **COMMENTO ALLA SENTENZA DEL TAR VENETO, N. 997 DEL 23.09.2015**

### **1) I fatti di causa ed il relativo epilogo decisorio**

La sentenza del TAR Veneto, sez.II, n. 997 del 23.09.2015, trae origine dal ricorso proposto avverso una delibera regionale approvativa (ex art. 46 della legge regionale veneta n. 61 del 1985) di varianti parziali al piano regolatore comunale, nonché avverso il previo parere della Commissione tecnica regionale.

In particolare, oggetto di censura è stata la parte della delibera con la quale l'amministrazione regionale, mantenendo la destinazione agricola del terreno della ricorrente, su conforme parere della Commissione tecnica, aveva abolito la variante comunale che ne avrebbe consentito, invece, l'edificabilità.

Ad avviso della ricorrente, tali provvedimenti, pur regolarmente approvati dal Comune, per decorso dei novanta giorni entro i quali quest'ultimo avrebbe potuto dissentire (ex art. 46 della l. reg. n. 61 del 1985), erano ugualmente passibili di esser annullati, con conseguente condanna della Regione al risarcimento del danno da essi derivante.

Come esemplarmente riassunto in sentenza, le ragioni di tale asserita illegittimità erano riconducibili a due categorie: il difetto di motivazione (rilevato con i motivi primo, secondo, quarto, quinto, sesto e settimo) e la sua contraddittorietà rispetto ad altre varianti, approvate con la medesima delibera (censurata al terzo motivo).

Il primo motivo di annullabilità era dovuto, per la ricorrente, al fatto che i provvedimenti de quo giustificavano lo stralcio della variante ad essa favorevole, per il rischio di compromissione dei valori ambientali paesaggistici che quest'ultima avrebbe comportato, nonostante la sua esigua estensione, la sua inidoneità a precludere la vista del rimante

territorio comunale e l'assenza di alcun vincolo paesaggistico su di esso.

La ricorrente, invece, rilevava il vizio di contraddittorietà nella circostanza che le medesime esigenze paesaggistico ambientali non fossero state ritenute preclusive di altri interventi, ben più estesi, nello stesso Comune.

Entrambe i motivi di ricorso appena esemplificati sono stati ritenuti infondati dal Collegio giudicante.

Quest'ultimo, infatti, ha rilevato, primariamente, la sufficienza della motivazione, sulla base della planimetria prodotta in giudizio, dalla quale si evince che il rischio, addotto a giustificazione dei provvedimenti impugnati, non sia stato quello di occlusione del paesaggio (come ritenuto dalla ricorrente), ma di estensione del contesto urbano.

La contraddittorietà, invece, è stata negata dal Tribunale adito per la diversità tra i terreni oggetto delle varianti non stralciate, tutti già interni al contesto abitato, ed il terreno della ricorrente, in posizione perimetrale rispetto ad esso.

Correttamente, pertanto, l'amministrazione ha ravvisato, solo in relazione a quest'ultimo, il rischio paesaggistico, sub species, di estensione ulteriore del centro abitato.

Avvalendosi delle argomentazioni appena enunciate, con la sentenza in commento, i Giudici amministrativi hanno rigettato le domande di annullamento e risarcitoria, presentate dalla ricorrente.

## **2) Orientamenti seguiti dalla sentenza in commento**

La sentenza appena sintetizzata mostra, preliminarmente, adesione all'orientamento maggioritario, consistente nel ritenere non esente dall'obbligo motivazionale, di cui all'articolo 3 della legge 241 del 1990, le varianti agli

strumenti urbanistici.

Tale orientamento merita di essere condiviso, poiché i provvedimenti in questione non hanno la genericità caratterizzante i piani regolatori che sono diretti a modificare e, pertanto, non possono godere della medesima deroga dall'obbligo motivazionale, oggi garantita dal secondo comma dell'articolo 3 citato.

La decisione in commento avvalta, inoltre, un ulteriore orientamento giurisprudenziale in tema di motivazione.

Quest'ultimo, da un lato, enuncia come regola generale la non integrabilità in giudizio della motivazione del provvedimento impugnato, dall'altro, ne ammette la derogabilità in una serie molto lata di ipotesi.

Tra di esse vi sono i giudizi avverso: provvedimenti vincolati, provvedimenti la cui motivazione sia desumibile dal relativo dispositivo o dall'istruttoria (come sembra essere quello impugnato nel caso di specie) o ancora da norme non espressamente richiamate (poiché conosciute o conoscibili dal destinatario) nonché provvedimenti la cui integrazione non sia, comunque, lesiva del diritto di difesa del ricorrente (ex multis: C. di Stato n. 1018 del 2014, n. 3417 del 2014).

L'orientamento in questione si fonda su varie argomentazioni. In primo luogo, l'ormai innegabile ed irreversibile evoluzione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto.

Tale evoluzione induce, infatti, a privilegiare l'aspetto sostanziale rispetto a quello formale, accordando tutela al ricorrente, allorché risulti titolare del bene della vita correlato all'interesse legittimo asseritamente leso dall'amministrazione resistente.

Inoltre, gli autori patrocinanti tale ampia integrabilità della motivazione, hanno constatato la sua inidoneità a creare disparità tra le parti, data la possibilità, per il privato, di opporsi ai nuovi motivi dell'agere amministrativo impugnato, con ricorso per motivi aggiunti.

Non da ultimo, determinante nell'affermazione dei casi suddetti di non immutabilità della motivazione è stato l'articolo 21 octies, introdotto nella legge sul procedimento amministrativo, ad opera del legislatore del 2005.

Quest'ultimo è stato interpretato come palese recepimento normativo del principio pretorio di raggiungimento del risultato, prevedendo, al suo secondo comma, la non annullabilità del provvedimento vincolato che non avrebbe potuto esser diverso da quello in concreto adottato, quantunque affetto da vizi formali o procedurali (tra cui, per tali autori, sarebbe annoverabile il difetto di motivazione).

Le argomentazioni sin qui esposte, a sostegno dell'orientamento di cui la sentenza ivi commentata è espressione, sono sicuramente apprezzabili per le esigenze di giustizia sostanziale cui sono improntate.

Esse, tuttavia, peccano per eccesso laddove si traducano nel ridurre la motivazione ad elemento formale, anche dei provvedimenti discrezionali.

Per questi ultimi si dovrebbe, invece, più rigorosamente applicare il principio dell'immodificabilità della motivazione, sia in omaggio alla lettera dell'articolo 21 octies citato sia tenendo conto del fatto che per tali provvedimenti non può dirsi ancora del tutto completata l'evoluzione del giudizio amministrativo in giudizio sul rapporto.

L'articolo 31 c.p.a., infatti, ora richiamato dall'articolo 34,

lett. c), limita la valutazione giurisdizionale sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, ai soli casi in cui quest'ultima avrebbe potuto essere soddisfatta con l'esercizio di un potere vincolato, ab origine o in via sopravvenuta.

La norma citata mira a scongiurare il rischio di ingerenze giurisdizionali nell'esercizio dell'esclusivo potere discrezionale amministrativo, fisiologicamente insito nella valutazione di censure motivazionali.

### **3) Orientamento opposto a quello seguito dalla sentenza in commento**

Antitetico all'orientamento analizzato nel precedente paragrafo è quello dell'assoluta inderogabilità del divieto d'integrazione postuma della motivazione.

Esso si basa su un argomento, ora anacronistico, della qualificabilità del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto.

Parimenti anacronistico, a giustificazione della tesi radicale in questione, è divenuta l'esigenza di evitare disparità tra le parti.

Questo, non solo grazie all'istituto dei motivi aggiunti, sempre più potenziato dal legislatore, ma anche alla constatazione che la non integrabilità in giudizio della motivazione sarebbe ben più svantaggiosa per il privato.

Come correttamente osservato dall'orientamento opposto, infatti, il giudicato sul primo provvedimento non precluderebbe alla pubblica amministrazione di emettere un ulteriore provvedimento negativo, dotato della motivazione astrattamente integrabile nel precedente giudizio, con conseguente onere, per il relativo destinatario, di instaurare un secondo giudizio avverso di esso. Ulteriore esigenza, alla base dell'assoluta inderogabilità del

divieto d'integrazione della motivazione, è quella di garantire la non elusione dell'obbligo motivazionale.

Anche quest'ultima è stata efficacemente confutata dalla tesi antitetica, evidenziando come l'obbligo motivazionale, lungi dall'essere violato sia, invece, rafforzato dalla possibile integrazione, che lo presuppone come inderogabile.

Nonostante la debolezza di siffatti argomenti, tradizionalmente utilizzati per corroborare l'inintegrabilità della motivazione, i sostenitori della medesima hanno continuato a farlo, anche dopo l'entrata in vigore dell'articolo 21 octies, prima citato come appiglio normativo della tesi opposta.

A tal fine, essi hanno negato la riconducibilità del difetto di motivazione ai vizi formali o procedurali, sanabili in giudizio dimostrando l'ineludibilità del contenuto precettivo del provvedimento impugnato (C. di Stato N. 2247 del 2014).

Questa interpretazione dell'articolo 21 octies ha recentemente ricevuto l'avvallo della Corte Costituzionale che, con ordinanza n. 92 del 25 maggio 2015, ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale di tale articolo, nella parte in cui consentirebbe l'integrazione postuma della motivazione, per presunta violazione degli articoli 3, 97, 24, 113 e 117 della Costituzione.

Ad avviso della Consulta, infatti, il giudice a quo non avrebbe dovuto sottoporle tale questione di costituzionalità, essendo ben possibile interpretare in modo costituzionalmente orientato la disposizione, con l'esclusione dal suo ambito applicativo del provvedimento affetto da vizio di motivazione.

La pronuncia in commento, che non sembra operare alcuna distinzione tra provvedimenti vincolati e discrezionali, costituisce autorevole affermazione del carattere essenziale ed



imprescindibile della motivazione, ai fini della valutazione ed eventuale impugnazione dell'iter logico seguito dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere.

Essa, pertanto, esprime l'esigenza di preservare la ragione istitutiva (alquanto sottovalutata dall'orientamento opposto) dell'obbligo prescritto dall'articolo 3 della legge sul procedimento amministrativo.

#### **4) Conclusioni**

La sentenza in commento è espressione di quell'orientamento, alquanto radicato in giurisprudenza (ibidem TAR Campania n. 3259 del 2015) sempre più ampliativo dei casi di integrabilità in giudizio della motivazione, nonostante un recente monito in senso opposto, implicitamente espresso dalla Consulta.

Tra le due opposte tendenze sembra maggiormente opportuno recuperare l'effettività della regola, pur sempre formalmente enunciata dalla giurisprudenza, relegando le eccezionali ipotesi di integrabilità della motivazione ai soli provvedimenti vincolati.

Questo non solo per le considerazioni esposte alla fine del secondo paragrafo del presente commento, ma anche perché, per i provvedimenti discrezionali, la motivazione è un elemento imprescindibile di cui il privato deve poter disporre per valutare se e come esercitare il suo diritto di difesa.

Solo con tale soluzione di compromesso, la motivazione manterrebbe la sua ragion d'essere di evitare ricorsi al buio, senza divenire causa di possibili ingerenze giurisdizionali nel potere amministrativo (nei giudizi avverso provvedimenti discrezionali) od ostacolo all'effettivo e celere conseguimento del bene della vita, anelato dal privato ricorrente (in quelli avverso provvedimenti vincolati).

Avv. Luciana Sabatelli



**Nota a T.A.R. Veneto, Terza Sezione, Sentenza n. 573 del 6.5.2015, dep. il 25.5.2015 (O. Settesoldi Pres. - G. Ricchiuto Cons. Estensore) - Parti: OMISSIS (avv. A. Sartore Caleca) c. Azienda U.L.S.S. 9 di Treviso (avv. S. Sternini) e Unità di Valutazione Multidimensionale del Distretto Socio Sanitario n. 2 dell'Azienda U.L.S.S. n. 9 di Treviso (non costituita).**

*Sommario: 1. Premessa. - 2. Il quadro normativo di riferimento. - 3. Competenza e ambito di applicazione degli interventi di sostegno per le persone affette da handicap grave. - 4. Le indicazioni del T.A.R. in vista della "riedizione del procedimento amministrativo" che ha originato il giudizio. - 5. Rilievi critici.*

#### **1. Premessa**

Con la pronuncia in commento il T.A.R. Veneto ha accolto il ricorso proposto dai genitori di un minore affetto da handicap grave e invalido civile al 100% avverso gli atti con i quali l'U.L.S.S. 9 di Treviso ha respinto la richiesta di interventi specialistici nell'ambito della comunicazione e dell'apprendimento, volti in particolare ad ottenere l'affiancamento al minore, nell'ambiente scolastico, di un mediatore linguistico specializzato dell'utilizzo della lingua dei segni (LIS).

Nel corso del giudizio il Collegio accoglieva la domanda cautelare<sup>1</sup>, disponendo che la p.A. concordasse con i ricorrenti un progetto personalizzato (poi non accettato dai genitori dell'alunno perché ritenuto insufficiente<sup>2</sup>).

---

<sup>1</sup> Con Ordinanza Cautelare n. 469/2013.

<sup>2</sup> T.A.R. Veneto, Terza Sezione, Ordinanza Collegiale n. 93 del 23.1.2014, pronunciata nell'ambito del giudizio promosso dai genitori del minore per l'esecuzione dell'ordinanza cautelare.

## **2. Il quadro normativo di riferimento.**

La previsione di interventi di sostegno in favore di soggetti con disabilità è garantita, a livello nazionale, dalla L. 5 febbraio 1992 n. 104 (Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate). In particolare, per quanto rileva nel caso esaminato, il citato provvedimento definisce le situazioni di handicap grave<sup>3</sup> e disciplina il servizio di aiuto personale, il quale può essere *"istituito dai comuni o dalle unità sanitarie locali nei limiti delle proprie ordinarie risorse di bilancio"* ed *"è diretto ai cittadini in temporanea o permanente grave limitazione dell'autonomia personale non superabile attraverso la fornitura di sussidi tecnici, informatici, protesi o altre forme di sostegno rivolte a facilitare l'autosufficienza e le possibilità di integrazione dei cittadini stessi, e comprende il servizio di interpretariato per i cittadini non udenti"* (cfr. art. 9 L. 104/92).

La L. 104/92, inoltre, all'art. 39, 2° comma, lett. l-bis), stabilisce che le Regioni possono *"programmare interventi di sostegno alla persona e familiare come prestazioni integrative degli interventi realizzati dagli enti locali a favore delle persone con handicap di particolare gravità... mediante forme di assistenza domiciliare e di aiuto personale"*.

A livello regionale, occorre poi menzionare le Delibere di Giunta Regionale del Veneto n. 4230 del 30.12.2003, che ha introdotto delle linee guida di sostegno a favore delle persone

---

<sup>3</sup> Cfr. l'art. 3, 3° comma L. cit.: *"qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità. Le situazioni riconosciute di gravità determinano priorità nei programmi e negli interventi dei servizi pubblici"*.

con handicap grave, e n. 2960 del 28.12.2012<sup>4</sup> di attuazione della L. 21 maggio 1998 n. 162<sup>5</sup>.

### **3. Competenza e ambito di applicazione degli interventi di sostegno per le persone affette da handicap grave.**

Con la sentenza in commento, la Terza Sezione, nell'accogliere i rilievi dei ricorrenti, ha operato alcune specificazioni degne di attenzione.

In primo luogo, il T.A.R. ha puntualizzato che l'intervento richiesto dai genitori del minore disabile rientri effettivamente nell'ambito di competenza della Regione *"in quanto soggetto competente alla realizzazione di progetti nel campo educativo"*. Il Collegio, infatti, ha rilevato che tra le finalità di cui all'art. 39 L. 104/92 e gli obiettivi stabiliti dalla sopra citata D.G.R. n. 4230/2003 vi sia proprio il *"conseguimento del grado massimo di autonomia delle persone con disabilità, mediante l'attuazione di interventi socio educativi, finalizzati a loro volta all'acquisizione e al mantenimento delle autonomie personali che permettano di migliorare la capacità di relazione"*.

Il T.A.R. ha altresì specificato che le misure richieste dai genitori del minore disabile fossero di competenza della Regione e non della Provincia, in quanto non qualificabili come mero *"supporto scolastico"*<sup>6</sup>, bensì come *"interventi di tipo*

---

<sup>4</sup> Recante *"Approvazione modifiche ed integrazioni alla scheda SVaMDi di cui alla DGR 2575 del 4 agosto 2009"*.

<sup>5</sup> Cfr. l'art. 2 della L. 162/1998: *"le regioni, secondo quanto previsto dall'articolo 41, comma 8, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, comunicano al Ministro per la solidarietà sociale lo stato di attuazione degli interventi previsti dall'articolo 39, comma 2, lettere lbis) e lter), della legge 5 febbraio 1992, n. 104, introdotte dall'articolo 1, comma 1, lettera c) , della presente legge, gli obiettivi conseguiti, nonché le misure urgenti da attuare per migliorare le condizioni di vita delle persone affette da handicap grave nel territorio regionale"*.

<sup>6</sup> Rientrano in tale ambito, ad esempio, le competenze del Comune e della Provincia in tema di trasporto scolastico degli alunni con disabilità.

*educativo ed istruttivo"* previsti proprio dalla richiamata L. 162/98.

In secondo luogo, il T.A.R. ha specificato che le fonti che disciplinano tali interventi non individuano ambiti di applicazione circoscritti, con la conseguenza che la loro previsione non può essere limitata all'ambito domiciliare, ma può altresì estendersi all'ambiente scolastico<sup>7</sup>, come peraltro già confermato anche dalla giurisprudenza<sup>8</sup> e come ricavabile dal tenore dell'art. 1 L. 162/98 (laddove si parla, in senso onnicomprensivo, di *"forme di assistenza domiciliare e di aiuto personale"*).

#### **4. Le indicazioni del T.A.R. in vista della *"riedizione del procedimento amministrativo"* che ha originato il giudizio.**

La sentenza in commento appare degna di considerazione, poi, nella parte in cui opera alcune osservazioni finalizzate alla *"riedizione del procedimento amministrativo"* volto alla corretta assegnazione degli ausili destinati al minore portatore di handicap grave<sup>9</sup>.

Il T.A.R., infatti, ha ritenuto opportuno ricordare che la previsione di forme di assistenza domiciliare e di aiuto personale ai sensi dell'art. 39 L. 104/92 non corrisponde, per

---

<sup>7</sup> Cfr. la Scheda per la Valutazione Multidimensionale delle persone Disabili di cui all'Allegato A alla D.G.R. n. 2960 del 28.12.2012, che espressamente contempla la possibilità di chiedere interventi di *"assistenza scolastica"*.

<sup>8</sup> Cfr. T.A.R. Roma, Seconda Sezione, Sentenza n. 2240 del 6.3.2012, in *Foro amm. TAR 2012*, 3, 810, secondo cui: *"ai sensi dell'art. 39 comma 2, lett. a ter, l. n. 104 del 1992, la c.d. assistenza indiretta è finalizzata a garantire il diritto ad una vita indipendente alle persone con disabilità permanente e grave limitazione dell'autonomia personale nello svolgimento di una o più funzioni essenziali della vita, non superabili mediante ausili tecnici, a mezzo della realizzazione di programmi di aiuto alla persona, gestiti appunto in forma indiretta, anche mediante piani personalizzati per i soggetti che ne facciano richiesta, con verifica delle prestazioni erogate e della loro efficacia. Non vi è, dunque, nella richiamata disposizione, che è peraltro disposizione programmatica nel senso che la disciplina di detta assistenza indiretta è rimessa alle regioni, alcun elemento per ritenere che la ricordata forma di assistenza sia preclusa ai soggetti con disabilità intellettiva"* (sottolineatura di chi scrive, ndr). La giurisprudenza aveva in precedenza specificato che tali interventi non possono peraltro trovare limitazioni nemmeno a seconda dell'età del soggetto beneficiario, non essendo destinate alle sole persone adulte: cfr. T.A.R. Roma, Seconda Sezione, Sentenza n. 7287 del 22.7.2004, in *Pluris*, Massima redazionale, 2004.

<sup>9</sup> Dal punto n. 6 in poi della Sentenza in esame.

giurisprudenza consolidata, a un diritto soggettivo della persona disabile<sup>10</sup>.

Da ciò deriva che l'erogabilità di tali ausili non può che trovare *"un limite invalicabile nelle ordinarie risorse di bilancio"* e pertanto può conoscere non solo una certa *"graduabilità nell'attuazione di taluni diritti sociali, ma nel contempo anche una parametrizzazione degli interventi, sia in ragione del coordinamento tra i servizi considerati socialmente necessari e le concomitanti previsioni di finanza pubblica, sia, ancora, in considerazione dell'esistenza di analoghe istanze sul punto presentate"*.

In proposito, il Collegio richiama l'indirizzo giurisprudenziale avallato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>11</sup> secondo cui *"l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nella cornice di una pianificazione finanziaria. Tale funzione programmatica, volta a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, rappresenta, quindi, un dato inabdicabile nella misura in cui la fissazione dei limiti di spesa si attegga ad adempimento di un obbligo che influisce in modo pregnante sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate"*.

## **5. Rilievi critici.**

---

<sup>10</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Terza Sezione, Sentenza n. 3542 del 18.6.2012 e Consiglio di Stato, Sesta Sezione, Sentenza n. 1001 del 23.2.2012 ("l'art. 39, comma 2, lett. l<sup>bis</sup>) l. n. 104 del 1992 prevede "forme di assistenza domiciliare e di aiuto personale, anche della durata di 24 ore". A tale previsione non corrisponde un diritto soggettivo del disabile, perché è facoltà - e non obbligo - di ciascuna regione o provincia autonoma l'istituzione di un tale servizio "nei limiti delle proprie disponibilità di bilancio", con possibile alternativa rappresentata dal "rimborso parziale delle spese documentate di assistenza nell'ambito di programmi previamente concordati"). Conformi T.A.R. Torino, Seconda Sezione, Sentenza n. 1456 del 29.8.2014, in *Redazione Foro amministrativo 2014*, 7-8, 111 e T.A.R. Palermo, Terza Sezione, Sentenza n. 755 del 12.4.2012, in *Foro amm. TAR 2012*, 4, 1428.

<sup>11</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Sentenza n. 3 del 12.4.2012; in precedenza, Consiglio di Stato, Quinta Sezione, Sentenza n. 418 del 25.1.2002, in *Ragiusan 2002*, 219, 54.

Considerando la fattispecie che ha originato la vertenza in esame e il suo svolgimento processuale, sembrerebbe possibile limitarsi a ritenere che le affermazioni da ultimo riportate - in virtù delle quali il T.A.R. ha respinto la domanda risarcitoria formulata dai ricorrenti - siano destinate precipuamente ai genitori del minore con handicap (i quali, come detto, avevano già ritenuto insufficienti gli interventi disposti dall'Amministrazione sulla base dell'ordinanza cautelare pronunciata nel corso del giudizio).

La tesi condivisa dal T.A.R. Veneto nella pronuncia in commento, tuttavia, consente di operare una riflessione più ampia sulla natura della posizione giuridica soggettiva dello studente disabile che si trovi a richiedere (e a vedersi ridotti, primariamente per motivi finanziari) gli interventi di assistenza domiciliare e di aiuto personale ex art. 39 L. 104/92.

L'orientamento giurisprudenziale condiviso dalla Terza Sezione, secondo cui tale posizione giuridica deve qualificarsi come di interesse legittimo, infatti, non può sottrarsi al confronto con quelle pronunce della Corte di Cassazione<sup>12</sup> e del Consiglio di Stato<sup>13</sup> recentemente rese in tema di riduzione, da parte dell'Amministrazione scolastica, delle ore di sostegno scolastico previste nel Piano Educativo personalizzato (P.E.I.) in favore degli alunni disabili.

---

<sup>12</sup> Cassazione Civile, Sezioni Unite, Sentenza n. 25011 del 25.11.2014 in *Foro it.* 2015, 3, I, 951. Su tale pronuncia si veda *Diritti Fondamentali e riparto di giurisdizione, nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 25 novembre 2014, n. 25011*, a cura di Loretta Rapisarda, pubblicato in *Il Diritto Amministrativo Rivista Giuridica* e disponibile al link <http://www.ildirittoamministrativo.it/allegati/Nota%20a%20SEZ%20UNITE%20CIVILI,%2025%2011%2014,%20n%2025011,%20a%20cura%20di%20LORETTA%20RAPISARDA.pdf>

<sup>13</sup> Consiglio di Stato, Sesta Sezione, Ordinanza n. 4374 del 21.9.2015, in *Diritto & Giustizia* 2015, 5 ottobre, che rimette all'Adunanza Plenaria la questione di diritto se, nella materia del sostegno scolastico, la giurisdizione del G.A. possa ritenersi piena, o - come avviene in linea di principio per altri settori (come quello dei contratti ad evidenza pubblica) - sia limitata alla fase procedurale che si completa con la formazione del P.E.I. (Piano Educativo Personalizzato), con devoluzione al Giudice Ordinario delle controversie riferite alla successiva fase esecutiva del Piano stesso.



Tali pronunce, infatti, pur giungendo a conclusioni opposte tra loro in punto di riparto di giurisdizione<sup>14</sup>, ritengono però concordemente che lo studente disabile abbia un diritto soggettivo ed assoluto di accedere all'istruzione in posizione paritaria rispetto agli alunni c.d. normodotati.

In particolare, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione qualificano il diritto all'istruzione dell'alunno con handicap come un diritto fondamentale della persona, garantito da fonti internazionali, europee e nazionali<sup>15</sup>, *"la cui tutela passa attraverso l'attivarsi della pubblica amministrazione per il suo riconoscimento e la sua garanzia, mediante le doverose misure di integrazione e sostegno atte a rendere possibile ai portatori disabili la frequenza delle scuole, a partire da quella materna"*, tra le quali deve annoverarsi anche *"la somministrazione delle ore di insegnamento attraverso un docente specializzato"*.

Anche nelle fattispecie affrontate nelle richiamate pronunce si è posto invero il problema di valutare la portata dell'intervento "limitativo" degli ausili di sostegno da parte dell'Amministrazione scolastica, dettato da esigenze organizzative e finanziarie.

In tali situazioni, tuttavia, nemmeno il Giudice Amministrativo ha posto in dubbio che lo studente con handicap sia

---

<sup>14</sup> La Corte di Cassazione, infatti, ricava da tale assunto che la giurisdizione per le controversie in materia di assegnazione del sostegno scolastico agli alunni con disabilità (con riferimento alle situazioni in cui l'Istituto scolastico, sulla base di motivazioni di carattere organizzativo e finanziario, riduca le ore di sostegno da dedicare all'alunno portatore di handicap originariamente stabilite nel Piano Educativo Individualizzato) spetti al Giudice Ordinario. Il Consiglio di Stato, invece, pur condividendo la configurazione della posizione dello studente con handicap in termini di diritto soggettivo, sollecita la pronuncia dell'Adunanza Plenaria affinché sia affermata la giurisdizione del Giudice Amministrativo, piena o, più probabilmente, esclusiva ex art. 133 c.p.a.

<sup>15</sup> Tale diritto è riconosciuto, a livello internazionale, dalla la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità stipulata a New York il 13.12.2006, resa esecutiva in Italia con L. 3 marzo 2009 n. 18; a livello europeo, dall'art. 2 TUE, dagli artt. 9-10 e 19 TFUE e dagli artt. 14, 20, 21 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; e infine, a livello interno, dagli artt. 34 e 38, 3° comma Cost., espressione dei principi fondamentali di cui agli art. 2 e 3 Cost.

effettivamente titolare del diritto soggettivo e assoluto ad accedere all'istruzione e che tale posizione non sia passibile di modifica, nella sua natura, da eventuali esigenze organizzative e finanziarie addotte dall'Amministrazione scolastica per ridurre gli interventi di sostegno.

In altri termini, diversamente da quanto sostenuto nelle più recenti pronunce giurisprudenziali in tema di riduzione delle ore di sostegno dedicate agli studenti con handicap, la Terza Sezione appare qui condividere la possibilità che la limitatezza delle risorse finanziarie dell'Ente preposto all'organizzazione e alla predisposizione di tali misure possa giungere a condizionare la natura stessa della posizione giuridica di tali soggetti.

Il dibattito sviluppatosi in tema di riduzione delle ore di sostegno in favore degli alunni disabili, invece, ha fatto emergere la posizione - che appare invero condivisibile - secondo cui le questioni finanziarie (e quindi la possibilità per l'Ente erogatore del servizio di limitare quantitativamente le misure di sostegno in base alle risorse disponibili) attengono non tanto alla natura della posizione giuridica soggettiva del beneficiario, bensì al momento meramente "esecutivo" dell'erogazione dell'ausilio. Posizione che appare probabilmente più idonea a conservare e a tutelare nella sua pienezza il diritto soggettivo dello studente disabile, senza il rischio che la sua posizione giuridica possa assumere una configurazione diversa sulla base di questioni economiche ed organizzative contingenti.

**Avv. Anna Roberta Cavazza**

Nota a sentenza: T.A.R. Veneto, 29 luglio 2015, n. 878

**DAI P.A.C.S. PADOVANI ALLA TRASCRIZIONE DEL MATRIMONIO TRA SOGGETTI DELLO STESSO SESSO – UNA QUESTIONE ANCORA APERTA.**

**SOMMARIO:** 1. Premessa - 2. I P.A.C.S. Padovani e la sentenza del TAR Veneto n. 878/2015 - 3. Il diverso orientamento dei TT.AA.RR. - 4. La pronuncia del Tribunale di Grosseto - 5. La posizione del Consiglio di Stato - 6. Considerazioni conclusive.

**1. PREMESSA.**

E' di strettissima attualità la questione, prima di natura socio culturale, poi più spiccatamente giuridica, sul riconoscimento alle coppie formate da persone dello stesso sesso dei medesimi diritti che l'ordinamento nazionale riconosce ai cittadini che contraggono matrimonio secondo le norme previste dal vigente Codice Civile.

Il rapido trasformarsi della società e dei costumi avvenuto negli ultimi decenni ha visto il superamento del monopolio del modello di famiglia tradizionale ed il contestuale sorgere di forme diverse, seppur ancora minoritarie, di convivenza che chiedono protezione, ispirandosi al modello tradizionale e come quello mirano ad essere considerate e disciplinate.

Al soffiare del "vento rivoluzionario", volto alla pretesa di una regolamentazione delle forme alternative di convivenza, financo omosessuali, si contrappone la concezione del matrimonio afferente alla millenaria tradizione giuridica e culturale dell'istituto, oltre che all'ordine naturale costantemente inteso e tradotto nel diritto positivo come legittimante la sola unione coniugale tra un uomo e una donna.

Lungi dall'effettuare qualsiasi considerazione dogmatica sull'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso, il presente elaborato si sofferma, perlopiù, sulle problematiche che i Sindaci Veneti, nella loro veste di Ufficiali di Governo, hanno dovuto affrontare per tentare di regolamentare le unioni tra persone dello stesso sesso, oltre che, del conseguente potere prefettizio di annullamento delle trascrizioni matrimoniali *contra ius*: il tutto, nel silenzio oramai "assordante" serbato dal legislatore nazionale in *subiecta materia*.

Infatti, detto "deserto normativo" ha costituito il presupposto di una sempre più crescente tendenza dei Comuni, molti dei quali Veneti<sup>1</sup>, a svolgere un ruolo di supplenza, dettando una disciplina locale tendente ad equiparare le unioni omosessuali al matrimonio tra eterosessuali.

Il fenomeno non è nuovo nella nostra Regione. Si pensi, ad esempio, al Comune di Padova, apripista del concetto di "*famiglia anagrafica fondata su vincoli affettivi*" che diede scaturigine alla famosa sentenza del TAR Veneto n. 2786/2007, ribattezzata "sentenza sui PACS<sup>2</sup> Padovani" (su cui si

---

<sup>1</sup> Tra i Comuni Veneti si segnala quello di Treviso, la cui delibera del Consiglio Comunale n. 72 del 10 ottobre 2014 ha dato scaturigine alla sentenza in commento avente ad oggetto, l'adozione del: "*regolamento per il riconoscimento delle unioni di fatto mediante l'istituzione di un registro delle unioni civili basate su un vincolo di natura affettiva, conformemente al principio di uguaglianza sancito dall'U.E.*".

<sup>2</sup> PACS Sigla dei Patti Civili di Solidarietà, contratti di diritto privato conclusi tra due individui maggiorenni che decino di organizzare la loro vita in comune in piena libertà, ma per i quali possono essere previste norme fiscali, ipotesi di successione patrimoniale e nell'alloggio in caso di morte di uno dei due, congedi per l'assistenza del partner o dei figli, ed in fine una disciplina dello scioglimento dell'unione. Introdotti in Francia nel 1999, mirano a dare riconoscimento giuridico alle

tornerà più approfonditamente infra), la cui azione amministrativa aveva come finalità quella di supplire al *vulnus* normativo esistente, elaborando una regolamentazione sul riconoscimento dei diritti delle persone che vivono in convivenze non matrimoniali, financo tra persone dello stesso sesso.

Tuttavia le singole iniziative dei sindaci in materia di stato civile e di certificazione anagrafica, anche se provviste della più limpida buona fede, debbono soggiacere alla potestà di sovraordinazione dell'Amministrazione centrale che non prevede alcuna omologazione tra il matrimonio omosessuale a quello eterosessuale. Se così non fosse, si rischierebbe di avere una disciplina a “macchia di leopardo”, ma anche *ad tempus*, destinata a venir meno con il provvedimento prefettizio d'annullamento d'ufficio in via gerarchica degli atti illegittimamente adottati, in ossequio alle disposizioni ricevute con circolare del Ministero dell'Interno n. 10863 del 7 ottobre 2014 – cd. “circolare Alfano”, secondo cui: *“l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali dipende non più dalla loro inesistenza e neppure dalla invalidità, ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano”*.

---

nuove forme di vita familiare che si sono diffuse nei paesi occidentali ed a dare quindi risposta ad una crescente domanda di riconoscimento dei diritti della famiglia di fatto, specie e se stabile e di lunga durata con figli. In ottemperanza all'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata a Nizza nel 2000 e recepita nel Trattato costituzionale europeo, che espressamente riconosce il diritto al matrimonio e il diritto a costruire una famiglia come diritti distinti, vengono compiuti passi importanti verso il riconoscimento pubblico della famiglia di fatto e la sua tendenziale equiparazione giuridica alla famiglia di diritto (Cfr. Enciclopedia On-line Treccani).

Non sono ovviamente mancate posizioni opposte, tra i Tribunali Amministrativi<sup>3</sup>, sulla giurisdizione e competenza del potere di annullamento del Prefetto, in merito alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, e, non sono mancate, altresì, posizioni addirittura contrastanti tra G.A. ed A.G.O.<sup>4</sup>, in ordine alla sussistenza di un diritto delle coppie omosessuali alla trascrizione nei registri dello stato civile dei loro matrimoni celebrati all'estero.

Su questa cornice frammentata, si è solcato il netto tracciato del Consiglio di Stato che con recentissima sentenza del 26 ottobre 2015, n. 4899, ha totalmente abbracciato l'orientamento della Corte Costituzionale<sup>5</sup>, secondo cui l'istituto del matrimonio, nell'ordinamento giuridico italiano, è incentrato sulla diversità di sesso tra i coniugi, anche se spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento delle unioni omosessuali.

---

<sup>3</sup>Cfr. *Ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I TER, 9 marzo 2015, n. 3912; T.A.R. F.V.G.- Sez. I, 21 maggio 2015, n. 228; T.A.R. Lombardia Milano, 29 settembre 2015, n. 2037.

<sup>4</sup> Cfr. Tribunale di Grosseto – decreto 26 febbraio 2015 – che ritiene illegittimo il diniego dell'Ufficiale di Stato Civile di trascrivere un matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso.

<sup>5</sup> **a)**- Corte Costituzionale n.138/2010 – sulla q.l.c. delle disposizioni del Codice Civile che disciplinano il matrimonio, nella parte in cui non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso;

**b)**- Corte Costituzionale n. 170/2014 – sull'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, D.lgs. 150/2011, nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, consente, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti ed obblighi la coppia medesima, con modalità da statuirsi dal Legislatore.

## **2. I PACS PADOVANI E LA SENTENZA DEL TAR VENETO N. 878/2015.**

Per comprendere appieno la decisione in commento, si devono prendere le mosse dall'antesignano storico-giuridico, dettato dalla sentenza del T.A.R. Veneto n. 2786/2007, ribattezzata "Sentenza sui PACS Padovani".

Il Comune di Padova aveva ad adottare già nel 2006, seppure in materia di anagrafe, la delibera n. 108, avente ad oggetto la "*mozione a sostegno del riconoscimento di diritti alle persone che vivono in convivenze non matrimoniali siano esse tra persone di sesso diverso o dello stesso sesso*", disponendo che gli Ufficiali dell'anagrafe provvedano al rilascio della "*attestazione di iscrizione nella anagrafe della popolazione quale famiglia anagrafica costituita da persone coabitanti legate da vincoli affettivi*", elaborando una fitta modulistica annessa al conseguente provvedimento sindacale prot. 30125 dd. 1 febbraio 2007.

Il ricorrente<sup>6</sup>, a seguito d'impugnazione dei citati provvedimenti, lamentava, tra i vari motivi di censura che qui interessano, plurime erroneità ed omissioni presenti nella modulistica annessa al provvedimento sindacale, tali da determinare, nei fatti, la formazione di attestazioni non distinguibili da veri e propri certificati anagrafici, generando di per sé tra i cittadini una

---

<sup>6</sup> Il ricorrente, avv. Giovanni Artini, rappresentato e difeso in proprio e dall'avv. Ivone Cacciavillani (Presidente onorario dell'Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti), al dichiarato fine di comprovare la propria legittimazione attiva a proporre l'impugnativa, affermava e comprovava di essere elettore del Comune di Padova anche agli effetti della proposizione dell'azione popolare ai sensi dell'art. 9 del T.U. approvato con D.P.R. 267/2000, a suo dire esperibile in questa sede di giudizio quale azione del Comune-comunità, così come definito dall'art. 3, comma 2, del medesimo T.U. 267/2000, contro il Comune-Organo, il quale ultimo nella specie deborderebbe con il proprio operato dalla legalità.

confusione tra “famiglia nucleare” e “famiglia anagrafica fondata su vincoli affettivi”.

Il TAR del Veneto, ribadita la dicotomia tra “famiglia anagrafica” e “famiglia nucleare o civile”<sup>7</sup>, già affermata dal Consiglio di Stato, Sez. V, 13 luglio 1994, n. 770, “richiamava” il Sindaco di Padova, in virtù degli specifici doveri di Ufficiale di Governo: *“a dare una corretta applicazione delle disposizioni normative disciplinanti tale sua attività, eliminando la difformità della modulistica rispetto all’Ordinamento vigente”*.

A ben vedere il Tar Veneto censurava l’operato del Sindaco, ordinandogli di disporre in autotutela le correzioni alla modulistica, tali da specificare che le dichiarazioni dei cittadini erano rese agli effetti della formazione della famiglia anagrafica e non di quella nucleare, e ciò a salvaguardia del principio dell’unitarietà dell’ordinamento a livello nazionale che tutela solo la famiglia nucleare, nonché dell’esigenza di evitare un grave nocumento alla certezza del diritto e delle posizioni giuridiche soggettive.

È proprio questo il “*fil rouge*” che lega la sentenza n. 2786/2007 (cd. Sentenza sui PACS Padovani), con quella del TAR Veneto n. 878/2015 attualmente in commento.

---

<sup>7</sup> Ha osservato in particolare il TAR Veneto che la distinzione concettuale tra famiglia nucleare e famiglia anagrafica è stata puntualmente ribadita da Cons. St., Sez. V., 13 luglio 1994, laddove ben si evidenzia che mentre la famiglia anagrafica di cui al D.P.R. 223/1989 è istituito giuridico esclusivamente finalizzato alla “raccolta sistematica d’insieme delle posizioni” relative alle persone che hanno fissato nel Comune la propria residenza (cfr. art. 1 D.P.R. 223/1989 cit.), la nozione giuridica di famiglia “nucleare”, ossia composta da genitori e da figli, risulta presupposta e tutelata nel nostro ordinamento interno dagli art. 29, 30 e 31 Cost., dagli artt. 144 e 146 c.c. e dall’art. 570 c.p., e - sotto il profilo della necessaria conformazione dell’ordinamento medesimo “alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute” (lo *ius gentium* richiamato dall’art. 10, primo comma, Cost.) – anche dall’art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, dall’art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, nonché dall’art. 10 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali reso a sua volta esecutivo nell’ordinamento italiano con L. 25 ottobre 1977, n. 881.



Anche in quest'ultima vertenza, l'orientamento del G.A. Veneto non muta ed anzi rimane fedele, così come allora, a che il “*preminente interesse pubblico, diretto a garantire che la funzione fondamentale dello Stato Civile e di Certificazione Anagrafica, sia esercitato in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale*”.

Aderente a tale impostazione, il G.A. Veneto con la sentenza “attuale” n. 878/2015, si è spinto ad assumere una decisione difforme rispetto ad altri TAR<sup>8</sup>, affermando la legittimità del provvedimento con il quale il prefetto di Treviso ha annullato la trascrizione del matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso; ed affermando la giurisdizione del Giudice Amministrativo e non quella del Giudice Ordinario a decidere sulla impugnativa d'annullamento di un atto amministrativo prefettizio.

Andando con ordine, anche nel caso di specie, il Sindaco del Comune di Treviso, nella sua qualità di Ufficiale di Governo, per supplire al *vulnus* normativo sulla regolamentazione delle unioni omosessuali, provvedeva alla trascrizione nel registro dello stato civile cittadino di una unione matrimoniale contratta all'estero da persone dello stesso sesso, con la precisazione che in quell'ordinamento si trattava di matrimonio *proprio iure*.

Il Prefetto sedente adottava provvedimento di annullamento della trascrizione, prontamente impugnato dai coniugi per violazione, tra le altre norme, dell'art. 453 del c.c. e dell'art. 95 del D.P.R. n. 396/00, il cui

---

<sup>8</sup> Cfr. *Ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I TER, 9 marzo 2015, n. 3912; T.A.R. F.V.G.- Sez. I, 21 maggio 2015, n. 228; T.A.R. Lombardia Milano, 29 settembre 2015, n. 2037.

combinato disposto riserva alla legge od ai provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria l'intervento sulle annotazioni dello stato civile.

In tale prospettiva, il Prefetto non avrebbe potere di intervenire per concretamente "rettificare" un'iscrizione. Se si tratta di errore materiale, la correzione è consentita al medesimo ufficiale che ha svolto l'annotazione e, solo in caso di sua inerzia, al Prefetto; ma non così nei casi diversi dall'errore materiale, per cui l'art. 95 e ss. D.Lgs. 396/2000 e l'art. 453 c.c. prevedono l'intervento, officioso o su istanza della Procura della Repubblica, presso il Tribunale competente.

Di diverso avviso il TAR del Veneto, secondo cui nel quadro normativo vigente sussistono in capo al Prefetto, quale organo territoriale del governo, i contestati poteri di annullamento d'ufficio in via gerarchica e di intervento sostitutivo in relazione agli atti adottati dal Sindaco quale incaricato *ex lege* della tenuta dei registri dello stato civile.

Precisava il Collegio che la disposizione dell'art. 95 del D.P.R., n. 396 a tenore del quale: "chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omesso o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi ad un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o un altro adempimento, deve proporre ricorso al Tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento", deve essere interpretata, a differenza di quanto assunto dai ricorrenti, "*nel senso che essa abbia quale punto di riferimento il singolo*

*individuo che chiede la rettificazione di un atto di stato civile che lo riguardi, e non anche il Ministro dell'Interno, ovvero il Prefetto, nell'atto di rimuovere l'illegittima trascrizione di una tipologia di matrimonio allo stato non riconosciuto dall'ordinamento giuridico, a fronte, peraltro, del rifiuto espresso da parte del sindaco in questione di procedere in tale senso”.*

Pertanto, il preminente interesse pubblico sotteso alla regolare ed uniforme tenuta dei registri di Stato Civile su tutto il territorio nazionale è tutelato, sotto il profilo normativo, dal potere di annullamento d'ufficio in via gerarchica sotteso alla funzione di indirizzo e di vigilanza spettante al Ministero dell'Interno ai sensi dell'art. 9 del D.P.R. n. 396/2000, nonché del potere d'intervento sostitutivo ex art. 54 del D.Lgs. n. 267/2000, attivabile in caso di ingiustificato inadempimento da parte del Sindaco in veste di ufficiale di Stato Civile, alle prescrizioni contenute negli atti emanati dal Ministro e dal Prefetto.

Alle medesime conclusioni il TAR del Veneto giungeva anche in riferimento alla dedotta violazione dell'art. 453 del c.c., a tenore del quale: “nessuna annotazione può essere fatta sopra un atto già iscritto nei registri se non è disposta per legge ovvero non è disposta dall'autorità giudiziaria”, riguardando, invero, detta disposizione le ipotesi di annotazioni in calce a quelle correttamente eseguite, quali, ad esempio, la cessazione degli effetti civili del matrimonio o la rettificazione dell'attribuzione del sesso, e non anche quelle conseguenti all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di una trascrizione disposta in aperto contrasto con i dettami dell'ordinamento giuridico. Precisando che la trascrizione nel caso di specie: “è stata effettuata al solo fine di introdurre surrettiziamente una

*tipologia di matrimonio allo stato non prevista dalla legge e che potrebbe peraltro ingenerare un falso affidamento nei confronti degli stessi ricorrenti, non potendo costoro beneficiare, stante l'inefficacia di tale atto per lo Stato Italiano, di nessuno dei vantaggi che la legge riconosce invece al matrimonio celebrato tra persone di sesso diverso (quali ad esempio, il diritto di succedere ab intestato o il diritto alla pensione di reversibilità, entrambi spettanti al coniuge superstite).*

A ragione del TAR del Veneto, quindi, nell'attuale assetto giuridico, la materia dello stato civile è regolamentata da disposizioni provenienti da diversi atti normativi, ciascuno dei quali ne disciplina il funzionamento a seconda delle specifiche attività compiute e dai soggetti legittimati, ognuno nell'ambito di propria competenza, ad intervenire in relazione ad esse, atteso che il provvedimento prefettizio d'annullamento non avrebbe potuto avere un contenuto dispositivo diverso da quello in concreto adottato, in quanto pone in evidenza *“il preminente interesse pubblico di garantire che la funzione fondamentale dello stato civile sia esercitata in maniera uniforme, in coerenza con il quadro normativo vigente, a salvaguardia dell'unitarietà dell'ordinamento a livello nazionale, nonché l'esigenza di evitare un grave nocumento alla certezza del diritto e delle posizioni giuridiche soggettive”*.

### **3. IL DIVERSO ORIENTAMENTO DEI TT.AA.RR.**

In posizione diametralmente opposta si pongono, rispetto all'orientamento del TAR Veneto poc'anzi accennato, il TAR F.V.G., Sez. I, con sentenza del 21 maggio 2015, n. 228<sup>9</sup>; il TAR Lombardia – Milano, con sentenza del 29 settembre 2015, n. 2037; TAR Lazio, Roma, sez. I ter, con sentenza del 9 marzo 2015, n. 3912 (cd. sentenza “sindaco Marino”), secondo cui i poteri ministeriali di “indirizzo” e prefettizio di “vigilanza” (art. 9 D.P.R. 396/2000) non possono essere piegati per annullare in via di autotutela il provvedimento di annotazione ritenuto illegittimo, poiché per tali necessità il legislatore ha disciplinato un'apposita procedura, quella di cui all'art. 95 e ss. del D.P.R. 396/2000 che prevede l'intervento della Procura della Repubblica presso il Tribunale competente.

All'unanime avviso dei TT.AA.RR., il combinato disposto dell'art. 95 e ss. D.Lgs. 396/2000 e dell'art. 453 c.c., non deve avere una mera vocazione teleologica, diretta a garantire l'esigenza che le funzioni statali in materia civile trovino uniforme applicazione su tutto il territorio nazionale, in quanto involgenti i diritti fondamentali dell'individuo, ma deve essere interpretato per il suo tenore letterale, seguendo l'apposita procedura prevista dal Legislatore.

Invero, non viene negato un potere dell'Ufficio Territoriale del Governo prefettizio di generale sorveglianza, con funzione sussidiaria di intervento anche negli atti di stato civile, ove l'Ufficiale d'Anagrafe sia inerte, ma si afferma che tali poteri non possano essere declinati per adottare

---

<sup>9</sup> In dottrina: Marcello Fracanzani – ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università di Udine - nota a sentenza TAR F.V.G., Sez. I, 21 maggio 2015, n. 228 – “*Status civile e riparto di competenze: a proposito del potere e della responsabilità*” (<http://www.lexitalia.it/a>).

un provvedimento di secondo grado che riformi in tutto o in parte un provvedimento *contra legem* comunque assunto dall'ufficiale.

Da tanto si deduce che l'intervento prefettizio non è assunto in difetto assoluto di attribuzione e quindi colpito da nullità, quanto piuttosto integra ipotesi classica di sviamento di potere, che porta all'annullabilità.

L'Ufficiale dello Stato Civile (Sindaco) non svolge una funzione meramente notarile di annotazione di quanto accaduto all'estero con funzione di pubblicità notizia, ma effettua una trascrizione ossia un vero e proprio provvedimento amministrativo, con sindacato di conformità di quanto avvenuto all'estero con l'ordinamento italiano, da scrutinarsi secondo il prisma del diritto internazionale privato (art. 27-28 L. 218/95) ed in conformità alle norme interposte contenute negli artt. 12 della CEDU e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cd. Carta di Nizza), nella misura in cui le stesse rinviano espressamente alle legislazioni nazionali, senza vincolarne il contenuto, la disciplina dell'istituto del matrimonio.

In conclusione, il provvedimento sindacale di trascrizione dell'unione civile è illegittimo, perché frutto di viziato esercizio del potere/dovere amministrativo di controllo di conformità dell'atto straniero con l'ordinamento nazionale attraverso il filtro dei criteri di collegamento fissati dal diritto internazionale privato (L.218/95). In quanto atto illegittimo dev'essere annullato e rimosso dall'ordinamento giuridico con resezione chirurgica retroattiva, ma non con atto del Prefetto che nello specifico ha un mero potere di vigilanza e sostituzione limitato a casi specifici, potere non

certo costituito o ampliato da una circolare ministeriale (cfr. “circolare Alfano” n. 10863 del 07 ottobre 2014).

L’annullamento deve avvenire secondo la particolare procedura prevista dalla citata norma (art. 95 del D.p.r 396/2000) che disciplina la materia dello stato civile, con provvedimento dell’Autorità Giudiziaria Ordinaria, assunto a conclusione di processo di cd. volontaria giurisdizione, su istanza di parte che ne abbia interesse o del Procuratore della Repubblica, parte pubblica legittimata *ope legis* perché portatrice dell’interesse pubblico, che in tale materia matrimoniale si riverbera.

Ne consegue, come detto, l’affermazione di un opposto orientamento rispetto a quello scandito dal TAR Veneto.

Il potere del Prefetto di annullamento della trascrizione dell’Ufficiale di Stato Civile del matrimonio celebrato all’estero è, a sua volta, annullabile per sviamento di potere, in quanto l’annullamento della trascrizione deve avvenire secondo la procedura dell’art. 95 del D.p.r. 396/2000, ossia mediante provvedimento dell’Autorità Giudiziaria Ordinaria.

#### **4. LA PRONUNCIA DEL TRIBUNALE DI GROSSETO.**

I TT.AA.RR. si limitano a stigmatizzare il potere di annullamento del Prefetto per violazione della procedura prevista dal Legislatore, ma reputano comunque illegittimo il potere dell’Ufficiale di Stato Civile a trascrivere l’unione matrimoniale contratta all’estero tra persone dello stesso sesso, atteso che nessuna norma, legislativa o di introduzione giurisprudenziale (costituzionale, comunitaria o CEDU) autorizza in Italia la

trascrizione sui registri dello Stato Civile del matrimonio fra persone dello stesso sesso, contratto in un paese che pure lo ammetta.

Viceversa, la pronuncia del Tribunale di Grosseto, emessa con decreto del 26 febbraio 2015, ha un'evidente portata dirompente nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, arrivando addirittura ad affermare che: *“non sussistono norme del nostro ordinamento che consentono di concludere per la sussistenza di un divieto né implicito né esplicito di matrimonio tra persone dello stesso sesso”*.

Riprendendo la concezione dell'ordinamento italiano come “multilivello”, richiamando l'insegnamento CEDU, il Collegio Maremmano afferma come da una ricostruzione del quadro normativo interno si desuma *“che l'intrascrivibilità degli atti stranieri costituisce un'eccezione e che, dunque, non può che essere interpretata restrittivamente, in particolare quando gli atti o i provvedimenti incidano sullo status o sulla capacità delle persone, stante la necessità di garantire la più ampia circolazione degli stessi al di là dei confini entro i quali si sono formati i relativi atti o provvedimenti”*.

Di particolare rilievo, con riguardo all'art. 29 della Costituzione, appare l'argomentazione del Collegio per cui la locuzione: *“società naturale” non può ritenersi certamente riferita a medievali e discriminatorie concezioni secondo cui l'unione omosessuale sarebbe “contro natura” o secondo cui i diritti di famiglia possano essere riconosciuti soltanto a coniugi astrattamente idonei alla procreazione, ma va correttamente intesa come “formazione sociale spontanea” (ed in questo*



*senso dunque formale), formalmente suggellata dal matrimonio che attribuisce rilevanza sociale giuridica alla detta “società naturale”.*

Conclude in Tribunale di Grosseto, assumendo che non ignora quelle letture “storiche” della norma costituzionale in merito all’art. 29 Cost., che ritengono implicitamente richiamato il modello di matrimonio eterosessuale del preesistente Codice Civile, ciononostante ritiene che nemmeno nell’interpretazione più restrittiva e fatta salva una auspicabile interpretazione evolutiva, possa ritenersi che tale norma impedisca il riconoscimento nel nostro ordinamento del matrimonio celebrato tra persone appartenenti al medesimo genere.

#### **4. LA POSIZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO.**

A far luce sulla questione delle trascrizioni dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, in un quadro di orientamenti connotati anche da posizioni perlopiù idealistiche, o, comunque, connotate da un differente scrutinio sulla relazione interorganica tra Prefetto e Sindaco, soccorre in aiuto del principio della certezza del diritto, la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 4899 del 26 ottobre 2015.

I giudici di Palazzo Spada hanno, paralizzato di fatto qualsiasi considerazione in ordine alla legittimazione della trascrizione di matrimoni contratti all’estero tra persone dello stesso sesso, richiamandosi ai principi già affermati dalla Corte Costituzionale (Corte Cost., sent. 11 giugno 2014, n.170; sent. 15 aprile 2010, n. 138), secondo cui, l’interpretazione dell’art. 29 Cost., si risolve in una costituzionalizzazione del matrimonio tra persone di sesso diverso, in coerenza all’omessa omologazione del matrimonio

omosessuale a quello eterosessuale e, per altro verso, ha ribadito che le norme contenute negli artt. 12 delle CEDU e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rinviano espressamente alle leggi nazionali, senza vincolarne i contenuti, la disciplina dell'istituto del matrimonio. Riservando, poi, alla Corte Costituzionale l'eventuale delibazione dell'incostituzionalità di disposizioni legislative che introducono irragionevoli disparità di trattamento delle coppie omosessuali in relazione ad ipotesi particolari per le quali si impone il trattamento omogeneo tra le due tipologie di unioni.

Non solo, ma lo stesso Collegio, in tema di legittimità del potere di annullamento del Prefetto delle trascrizioni dei matrimoni celebrati all'estero, ha abbracciato quanto enunciato dal TAR Veneto con sentenza n. 878/2015, in commento.

Invero, il vincolo di subordinazione del Sindaco al Ministero dell'Interno obbedisce all'esigenza di assicurare l'uniformità di indirizzo nella tenuta dei registri dello Stato Civile su tutto il territorio nazionale che resterebbe vanificata se ogni Sindaco potesse decidere autonomamente sulle regole generali di amministrazione della funzione o peggio se potesse disattendere, senza meccanismi correttivi interni all'apparato amministrativo, le istruzioni ministeriali impartite a riguardo.

Reputa il Collegio, che le potestà del Ministero di direzione (art. 54, comma 12, D.lgs. 267/2000) e quella del Prefetto di sostituzione (art. 54, comma 11, D.lgs. 267/2000) e di vigilanza (art. 9, comma 2, D.lgs. 267/2000) devono, in ossequio ai criteri ermeneutici sistematico e teleologico, intendersi comprensive del potere di annullamento gerarchico

d'ufficio da parte del Prefetto degli atti illegittimi adottati dal Sindaco, nella qualità di ufficiale di governo, attribuendo al Prefetto tutti i poteri idonei ad assicurare la corretta gestione della funzione in questione.

A ben vedere, infatti, se si negasse al Prefetto la potestà in questione, la sua posizione di sovraordinazione rispetto al Sindaco (allorché agisce come Ufficiale di Governo), in quanto chiaramente funzionale a garantire l'osservanza delle direttive impartite dal Ministero dell'Interno ai Sindaci e, in definitiva, ad impedire disfunzioni o irregolarità nell'amministrazione, rimarrebbe inammissibilmente sprovvista di contenuti adeguati al raggiungimento di quel fine. Trattandosi di correzione da parte del Prefetto di disfunzioni amministrative imputabili al sindaco, a fronte di un atto non solo illegittimo, ma inesistente o, comunque, abnorme, nel senso etimologico latino di "fuori dalla norma".

Ne consegue, che deve essere affermata la sussistenza in capo al Prefetto delle potestà di annullare, ai sensi dell'art. 21 *nonies* L. 241/90, le trascrizioni in questione (considerati come provvedimenti amministrativi e non come "atti pubblici formali") quale potere compreso certamente, ancorché implicitamente, nelle funzioni di direzione, sostituzione e vigilanza attribuitagli dall'ordinamento nella materia in discussione.

Il Consiglio di Stato, poi, anche in ordine al combinato disposto dell'art. 95 e ss. D.Lgs. 396/2000 e dell'art. 453 c.c., pur ammettendo che, ad una prima lettura, pare che le disposizioni devolvano in via esclusiva al Giudice Ordinario i poteri di cognizione e di correzione degli atti di Stato Civile, ritiene che esulano dal controllo giurisdizionale gli atti radicalmente

inefficaci, come la trascrizione in parola, in quanto del tutto incapaci di assegnare alle persone menzionate nell'atto lo stato giuridico di coniugato.

L'esigenza del controllo giurisdizionale (del G.O.) si rivela del tutto recessiva (se non inesistente), a fronte di atti inidonei a costituire lo stato delle persone ivi contemplate, nelle annotazioni delle trascrizioni, dovendosi, quindi, ricercare per la loro correzione, soluzioni e meccanismi anche diversi dalla verifica giudiziaria.

L'art. 453 c.c, peraltro, per la sua univoca formulazione testuale, deve intendersi limitato all'affidamento al Giudice Ordinario dei soli poteri di annotazione e non può, di conseguenza, ritenersi ostativo all'esercizio dei diversi poteri di eliminazione dell'atto da parte dell'Autorità Amministrativa titolare della funzione di tenuta dei registri dello Stato Civile.

Solo gli interventi dei Prefetti in autotutela gerarchica valgono, in effetti, a rimuovere, con garanzia di uniformità su tutto il territorio nazionale, un'apparenza di atto (che, finché resta in vita, appare idoneo a generare incertezze e difficoltà amministrative) e, quindi, in definitiva, ad assicurare la certezza del diritto connessa a questioni relative allo stato delle persone.

L'esigenza appena segnalata non risulta, infatti, garantita dalla riserva in via esclusiva del potere di cancellazione delle trascrizioni al Giudice Ordinario che, proprio per il carattere diffuso ed indipendente della sua attività, rischia di vanificare, con interpretazioni diverse e contrastanti, l'esigenza di uniformità di indirizzo su una questione così delicata, come dimostrato dal decreto in data 13 marzo 2015, con cui la Corte di Appello di

Napoli ha ordinato la trascrizione di un matrimonio celebrato all'estero, o come, altresì, dimostrato dal decreto del 26 febbraio 2015 del Tribunale di Grosseto commentato al punto sub. 3.

## **5. NOTE CONCLUSIVE.**

Attualmente nell'ordinamento giuridico Italiano, è vietato alle coppie omosessuali contrarre matrimonio, né possono ottenere la trascrizione di quello celebrato all'estero.

A presidio della loro unione vi è la possibilità che la Corte Costituzionale deliberi l'incostituzionalità di disposizioni legislative che introducono irragionevoli disparità di trattamento delle coppie omosessuali in relazione ad ipotesi particolari per le quali si impone il trattamento omogeneo tra le due tipologie di unioni.

Ma attualmente alle coppie omosessuali non sono riconosciuti i diritti tipici delle coppie eterosessuali, quali ad esempio, il diritto di succedere *ab intestato* o il diritto alla pensione di reversibilità, entrambi spettanti al coniuge superstite.

Questo scenario, in cui sono stati evocati i massimi organi giudicanti internazionali e nazionali e le più diverse autorità amministrative, denota la colpevolezza del silenzio del Legislatore, che sembra sfuggire a quella che da più parti risulta un intervento non più rinviabile.

Nello stabilire che la materia è rimessa ai singoli Stati, la CEDU non riconosce il diritto a forme particolari di unioni civili, ma semmai di avere una legislazione nazionale coerente nel distinguere il matrimonio

“tradizionale” da nuove e diverse forme di unione e convivenza meritevoli di protezione con l’evoluzione ragionata della società.

A dire il vero un disegno di legge sui “diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi” (D.I.C.O.), era già stato approvato dal C.d.M. n. 38 dell’8 febbraio 2007, con il quale, venivano chiariti e precisati i diritti ed i doveri delle persone anche dello stesso sesso. Ma detta bozza ebbe vita breve, non seguendo l’ordinario iter legislativo e arenandosi al termine di quella stessa legislatura.

Certo che la questione è ancora aperta, perché in un modo o nell’altro i sindaci (anche Veneti) si troveranno in materia di stato civile e di certificazioni anagrafiche, ad affrontare sempre più continue richieste di regolamentazione di uno status che ormai non può più essere nascosto come “la polvere sotto il tappeto”, continuando a svolgere un ruolo di supplenza nel tentativo di dettare una disciplina locale tendente ad equiparare le unioni omosessuali al matrimonio tra eterosessuali.

D’altro canto, dal punto di vista strettamente giuridico-amministrativo, si condivide l’interpretazione sistematica e teleologica affermata dal Consiglio di Stato e del Tar Veneto sul potere di indirizzo del Ministero e su quelli di vigilanza e sostituzione del Prefetto, consentendo a quest’ultimo di annullare in autotutela, in forza dell’art. 21 *nonies* L.241/90, le trascrizioni sindacali (qualificate come provvedimenti amministrativi) di matrimoni celebrati all’estero tra persone dello stesso sesso.

Soltanto i Prefetti, agendo in autotutela gerarchica, garantiscono l’uniformità su tutto il territorio nazionale ed assicurano la certezza del diritto connessa a questioni relative allo stato delle persone. Trattandosi di

correzione di provvedimenti amministrativi sindacali del tutto inefficaci, se non illegittimi o, comunque, inesistenti.

Se si lasciasse riservato in via esclusiva il potere di cancellazione delle trascrizioni al Giudice Ordinario, questi, per il carattere diffuso ed indipendente della sua attività, ma anche per la diversità ideologica che connatura il libero pensiero, rischierebbe di vanificare, con interpretazioni diverse e contrastanti, l'esigenza di uniformità di indirizzo su una questione così delicata, consentendo, quindi, l'espandersi di una disciplina a "macchia di leopardo" che potrebbe comportare un vero e proprio "cortocircuito" in seno all'ordinamento giuridico italiano.

Per questo, ci piace concludere citando il prof. Marcello Fracanzani<sup>10</sup> secondo cui, le plurime sentenze sulle trascrizioni dei matrimoni tra soggetti dello stesso sesso, devono: *"scuotere il Legislatore nazionale dal torpore pastorale che lo pervade, richiamando quelli che sono i rudimenti di un medio studente del primo anno di giurisprudenza: la distinzione tra il dicere ius e ponere legem, germe di quella tripartizione dei poteri che è presupposto logico, prima che giuridico, di una forma di governo razionale e (quindi) autenticamente democratica"*.

Avv. Alessandro Michielan

---

<sup>10</sup> Cfr. nota a piè di pagina n.9





Nota di commento alla sentenza TAR Veneto, sez. III, 23 aprile – 8 maggio 2015, n. 501

Con la sentenza n. 501 di data 8 maggio 2015, il TAR Veneto si è pronunciato in merito al delicato tema della fecondazione assistita di tipo eterologo che, negli ultimi anni, ha provocato un intenso dibattito a livello sociale, politico e giurisprudenziale, suscitando anche l'intervento della Corte Costituzionale.

Per meglio comprendere la portata della decisione in esame è opportuno ripercorrere preliminarmente il quadro normativo e giurisprudenziale in cui s'inserisce il caso di specie.

Com'è noto, la legge n. 40 del 2004 si è occupata di disciplinare la materia della fecondazione assistita, ivi definita quale strumento medico-chirurgico finalizzato a *“favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana [...] qualora non vi siano altri metodi efficaci per rimuovere le cause di sterilità o di infertilità”*.

Tale tipo di intervento si suddivide, a sua volta, in due categorie: la procreazione medicalmente assistita (PMA) può essere infatti di tipo omologo ed eterologo. Nel primo caso, i gameti che formeranno l'embrione provengono dalla stessa coppia; nel secondo caso, i gameti provengono da donatori esterni alla coppia. È agevole intuire che il secondo tipo di fecondazione si rivolge alle coppie affette dai più gravi problemi d'infertilità.

In un primo tempo, tuttavia, la legge in esame introduceva - con gli artt. 4, comma 3, 9, co. 1 e 3, e 12 - il divieto di ricorrere alla procreazione assistita di tipo eterologo.

Il citato divieto normativo ha avuto come immediata conseguenza un fenomeno che è stato definito come *“turismo procreativo”*: le coppie sterili che necessitassero della donazione di gameti, non potendo ricevere le cure adeguate presso il servizio sanitario nazionale, sono state infatti costrette a rivolgersi a strutture estere, dovendo sostenere ingenti spese e non trovando tutela all'interno dello Stato italiano.

I dieci anni successivi all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004 sono stati caratterizzati da un intenso dibattito, politico e sociale, che tuttavia non è stato

in grado di suscitare alcuna modifica nel sistema introdotto dal legislatore: infatti, soltanto con la sentenza n. 162 del 9 aprile 2014 della Corte Costituzionale il problema viene definitivamente inquadrato in termini giuridici, con l'ausilio della pronuncia 3 novembre 2011 della Grande Camera della Corte di Strasburgo, che riconduceva la questione della fecondazione eterologa agli artt. 8 e 14 della CEDU: in tale decisione, la Grande Camera affermava che *“il diritto di identità e di autodeterminazione della coppia in ordine alla propria genitorialità sarebbe lesa dal divieto di accesso ad un certo tipo di fecondazione anche quando, come nella specie, essa sia indispensabile”* (Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 3 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria, cit. in C. Cost., 162/2014).

È opportuno segnalare che il giudice *a quo*, sollevando la questione di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta, proponeva anche un interessante spunto di riflessione sullo *status filiationis* che seguirebbe a una PMA eterologa, notando che i genitori del nascituro, pur non potendosi considerare “genitori genetici”, sarebbero a tutti gli effetti i suoi “genitori biologici”: sicché un nucleo familiare formatosi attraverso tale tipo di trattamento rientrerebbe a pieno nel concetto di “famiglia” tutelato dagli artt. 8 e 14 della CEDU.

La Corte Costituzionale ometteva tuttavia di pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU e risolveva la questione soffermandosi sulla violazione, da parte delle norme censurate, dei principi di ragionevolezza e proporzionalità che si desumono da una corretta lettura dell'art. 3 Cost.

Ad avviso della Consulta, la *ratio* della legge n. 40 del 2004, ossia quella *«di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana»* (art. 1, comma 1), verrebbe totalmente disattesa, nei fatti, dall'introduzione del divieto in esame: *“la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità”*, argomenta la Corte, *“poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette*

*dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis*” (C. Cost., 9 aprile 2014, n. 162).

Spingendosi oltre, il Giudice delle leggi ha affrontato il tema del cd. “turismo procreativo”, notando come questo costituisca *“un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell’esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole”* (C. Cost., sent. cit.).

Sulla base di queste considerazioni, la Corte dichiarava l’illegittimità costituzionale degli artt. 4, comma 3, 9, commi 1 e 2 e 12, comma 1 della legge 19 febbraio 2004, n. 40; assorbiti, invece, i motivi di censura relativi alla violazione delle norme CEDU.

Così inquadrata l’evoluzione storico-giuridica della vicenda relativa alla PMA di tipo eterologo, può cogliersi la portata della decisione che qui si esamina e di altre analoghe pronunce che negli ultimi mesi si sono susseguite a catena (tra cui anche l’ordinanza del Consiglio di Stato n. 1486 del 9 aprile 2015, su cui si tornerà).

Il TAR Veneto si è dunque trovato ad affrontare la seguente vicenda: una coppia di coniugi, rivoltasi alle competenti strutture per sottoporsi alla PMA di tipo eterologo, veniva informata che nella Regione Veneto esiste una soglia di età massima per le donne che vogliono sottoporsi a tale trattamento a carico delle SSN, stabilita in 43 anni dalla Delibera della Giunta Regionale n. 1654 del 9 settembre 2014, che a sua volta ha recepito il *“Documento sulle problematiche relative alla PMA eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 162/2014”* della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome.

Nello specifico, i ricorrenti lamentavano che, per potersi sottoporre ai cicli di fecondazione omologa, la Regione Veneto aveva invece previsto il limite

massimo di 50 anni di età, già stabilito con la precedente DGR 822 del 4 giugno 2011.

Il nucleo fondamentale della vicenda riguarda, in buona sostanza, la disparità di trattamento per l'accesso alla PMA di tipo omologo ed eterologo, per le quali la Regione Veneto ha previsto differenti limiti di età per la donna.

La questione sottesa, in realtà, è ben più complessa: nel silenzio del legislatore nazionale che ha fatto seguito all'intervento della Consulta, sono state infatti le Regioni e le Province Autonome a stabilire che la fecondazione assistita, sia omologa che eterologa, debba rientrare nei LEA, dettando alcune linee guida che il TAR Veneto ritiene, a ragione, non vincolanti per le singole partecipanti alla Conferenza. Il documento in questione, elaborato dalle Regioni e le Province Autonome in risposta alla sentenza della Corte Costituzionale, non sarebbe infatti un atto amministrativo, bensì *“una proposta congiuntamente elaborata dai partecipanti alla Conferenza onde fornire alle singole Regioni le linee guida per procedere, onde assicurare adeguati livelli di assistenza”* (cfr. TAR Veneto, sez. III, 23 aprile – 8 maggio 2015, n. 501).

In detta adunanza, le Regioni e le Province Autonome avevano avuto modo di riflettere sulla formula adoperata dal legislatore del 2004 all'art. 5, secondo il quale *“possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”*: orbene, individuare una *“età potenzialmente fertile”* delle donne che desiderino sottoporsi al trattamento sanitario richiede, effettivamente, anche di tenere conto dei rischi di una gravidanza in una donna di età troppo avanzata.

La Conferenza ha dunque ritenuto di fissare tale limite di età in 43 anni, ossia nell'età massima che, fino ad allora, molte Regioni avevano stabilito per l'accesso ai cicli di fecondazione omologa: in questo modo, venivano parificati i requisiti soggettivi per accedere alle due procedure, che costituirebbero *“due species di un unico genus”* e rientrerebbero entrambe nei LEA.

Non tutte le Regioni, tuttavia, avevano a suo tempo stabilito il limite dei 43 anni per l'accesso al trattamento: la Regione Veneto, infatti, aveva previsto una soglia massima di 50 anni di età per la donna.

Nei fatti, sottolinea il TAR Veneto, tali linee guida hanno trovato applicazioni diverse da Regione a Regione, proprio perché manca una normativa nazionale che stabilisca con precisione cosa debba intendersi per “età potenzialmente fertile” della donna: così, alcune Regioni hanno scelto di mantenere il precedente limite di età di 50 anni per entrambi i tipi di fecondazione, mentre altre hanno fissato una soglia di età pari a 43 anni, valida comunque per entrambi i trattamenti. Altre Regioni ancora hanno preferito mantenere una formula aperta, richiamando integralmente la dicitura dell’art. 5 della legge n. 40 del 2004, che fa riferimento alla “età potenzialmente fertile della donna”, lasciando così ai medici il compito di valutare, caso per caso, in quali situazioni specifiche il trattamento possa considerarsi rischioso.

A ben guardare, la nuova delibera della Giunta della Regione Veneto, prevedendo l’accesso ai cicli di PMA eterologa a carico del SSN per le donne di età inferiore a 43 anni, d’altro canto ha effettivamente fatto salvi “i criteri già stabiliti per la fecondazione omologa”, dettati mediante la DGR 822 del 4 giugno 2011.

Che si tratti o meno di un refuso da parte della Giunta, il TAR Veneto ha rilevato che, così facendo, la Regione avrebbe dato origine a un trattamento discriminatorio nei confronti delle coppie affette dai più gravi problemi di sterilità.

In particolare, il comportamento della Regione è stato ritenuto contraddittorio perché, da un lato, dichiarava di far proprie le considerazioni espresse nella Conferenza, che ha palesemente assimilato, per l’età e per il numero di cicli effettuabili, le due tipologie di PMA; dall’altro lato, senza alcuna giustificazione espressa, la Regione differenziava i requisiti soggettivi per accedere ai relativi trattamenti mediante il richiamo alla pregressa disciplina valida per la sola omologa.

Conseguentemente, il Tribunale ha annullato la delibera della Giunta Regionale del Veneto, *“in quanto viziata per violazione dei principi costituzionali di eguaglianza, nonché del diritto alla genitorialità ed alla salute, disponendone l’annullamento nella parte in cui ha ritenuto di applicare solo nel caso della PMA eterologa il limite di età di 43 anni per la donna”*.

Come illustrato nei paragrafi introduttivi del presente commento, la decisione del TAR Veneto si inserisce in un quadro giurisprudenziale ben più ampio, che negli ultimi mesi ha visto susseguirsi una serie di pronunce relative al provvedimento della Regione Lombardia che, non condividendo le linee guida della Conferenza sui LEA, ha posto a carico esclusivo dei pazienti i costi dei cicli per la fecondazione eterologa (migliaia di euro) mentre, per quella omologa, la Regione Lombardia richiede soltanto il pagamento del ticket: tale previsione, dapprima approvata dal TAR Lombardia, è stata giudicata illegittima dal Consiglio di Stato che, con l'ordinanza n. 1486 del 9 aprile 2015, rilevava la disparità di trattamento sotto il profilo economico tra la PMA omologa ed eterologa.

Da quanto fin qui messo in luce discende che la sentenza del TAR Veneto n. 501 del 2015 non costituisce un caso isolato, essendo piuttosto lo specchio di un vuoto normativo che lascia oggi alle Regioni il compito di intervenire con atti amministrativi finalizzati a rendere effettivo l'accesso al percorso della PMA eterologa. Il risultato di questi interventi, nonostante la Conferenza del settembre 2014 abbia portato alcuni discreti risultati, è tuttavia un assetto della materia del tutto frammentario e diversificato a seconda della realtà territoriale: nel silenzio del legislatore, l'auspicio è quello di una nuova Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome che, sulla base delle - ormai, numerose - pronunce giurisprudenziali, sia in grado di individuare criteri condivisi per assicurare il trattamento omogeneo di situazioni analoghe.

L'alternativa, certamente auspicabile ma oggi ben lontana dall'essere percorsa, sarebbe un'interpretazione autentica da parte del legislatore dell'assunto "età potenzialmente fertile" contenuto nell'art. 5 della legge n. 40 del 2004, onde favorire un'applicazione omogenea della norma da parte di tutto il servizio sanitario nazionale.

Avv. Anna Belon

### **TAR, SEZ. III, VENEZIA, VENETO, sentt. 491 e 501/2015**

Con le sentenze 491 del 7 maggio 2015 (ud. 23 aprile 2015) e 501 dell'8 maggio 2015 (ud. 23 aprile 2015), la Sezione Terza del Tribunale Amministrativo del Veneto ha avuto modo di pronunciarsi circa due aspetti differenti ma complementari riguardo la legittimità della delibera della Giunta Regionale Veneto n. 1654 del 9 settembre 2014. Due aspetti strettamente collegati tra loro, sui quali il TAR Veneto s'è pronunciato nell'un caso respingendo il ricorso e nell'altro accogliendolo, difendendo la delibera della Giunta Regionale 1654/2014 nel suo impianto fondamentale, ma apportando dei correttivi per far valere il principio di eguaglianza.

In breve le due differenti fattispecie concrete. Occorre preliminarmente dare atto che la delibera 1654/2014 recepisce il Documento approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome in data 4 settembre 2014 (da qui in avanti, per antonomasia: Documento), diretto ad introdurre indirizzi operativi ed indicazioni omogenee per quanto concerne il ricorso alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 162/2014, la quale, per l'appunto, dichiarava illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa contenuto nella l. 40/2004. Con il Documento della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome sono state stabilite delle linee guida entro cui le regioni hanno deciso di operare nell'attesa che il legislatore provvedesse a meglio definire il quadro normativo nel rispetto delle indicazioni della Consulta.

All'interno della sentenza 491/2015, il TAR s'è pronunciato sul ricorso presentato da alcune associazioni (c.d. "*pro life*") lamentando come la delibera 1654/2014 violasse principi di natura costituzionale, nonché fosse viziata da eccesso di potere e violazione di legge, sostanzialmente contestando il

procedimento funzionale ad accedere alla fecondazione eterologa, ritenendo illegittima la mancanza di tracciabilità del percorso dalla donazione alla nascita e, contestualmente, altri aspetti quali l'assenza di un riconoscimento di un diritto all'identità genetica.

In sede di sentenza 501/2015, invece, il TAR ha accolto il ricorso presentato da due coniugi che intendevano accedere alla fecondazione eterologa e che lamentavano la presenza di una soglia di età per beneficiare della prestazione del Servizio Sanitario Nazionale, stabilita per l'appunto dalla delibera 1654/2014 in recepimento del Documento, più stringente rispetto a quella prevista all'interno della Regione Veneto per la fecondazione omologa.

Anche senza entrare nel merito del contenuto della delibera 1654/2014, che a buona ragione potrebbe essere oggetto d'approfondimento di stampo civilistico o costituzionalistico, l'aspetto prettamente amministrativistico della vicenda si incentra su come la Regione Veneto abbia recepito un atto di indirizzo quale il Documento proveniente dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, adottato in data 4 settembre 2014. Tale Documento si configura quale accordo interregionale con cogente previsione di recepimento, a valenza transitoria in attesa dell'intervento del Parlamento. Il recepimento del Documento nella Regione Veneto è avvenuto in forma integrale con la delibera 1654/2014, con rinvio ad atti successivi per la definizione di ulteriori aspetti economici e burocratici. Contemporaneamente, nella medesima sede, la Regione Veneto ribadiva la vigenza del precedente DGR n. 822 del 4 giugno 2011 per quanto concerneva le previsioni sulla fecondazione omologa. In una situazione di vigenza di due testi normativi inerenti le pratiche di fecondazione all'interno della Regione Veneto, l'uno sulla eterologa, l'altro sulla omologa, non si è previamente considerato di



adeguare le disposizioni dell'uno all'altro. Così, il limite di 43 anni per godere della prestazione pubblica a carico del Servizio Sanitario Nazionale su cui si indirizzavano le linee guida sulla fecondazione eterologa stabilite dalle Regioni è entrato tra le norme valide per il Veneto contemporaneamente alla riaffermazione del limite di 50 anni che, con riguardo alla fecondazione omologa, era stato precedentemente fissato nella medesima Regione. La disparità di trattamento nelle due situazioni è stata rilevata dal Giudice Amministrativo, il quale ha sancito l'illegittimità della delibera 1654/2014 limitatamente a quanto di essa non rispettava il principio di eguaglianza con la normativa ancora vigente sulla fecondazione omologa.

Occorre domandarsi se la Regione Veneto fosse obbligata al recepimento integrale del Documento di indirizzo stabilito a livello di Conferenza della Regioni e delle Province Autonome<sup>1</sup>, o se essa potesse discostarsene. Appare chiaro che l'atto di indirizzo della Conferenza, per quanto privo di riconoscimento all'interno della categoria delle fonti normative e quindi valutabile alla stregua di atto di *soft law*, fosse stato pensato per garantire una disciplina omogenea sulla fecondazione eterologa nelle diverse Regioni dello Stato, in attesa di una normativa che fosse valida sull'intero territorio nazionale. Come rilevato dal TAR Veneto nella sentenza 501/2015, il Documento elaborato dalla Conferenza non rappresentava un atto amministrativo, bensì una proposta congiuntamente elaborata dai partecipanti onde fornire linee guida alle singole regioni per assicurare adeguati livelli di assistenza, la cui adozione avrebbe potuto costituire il presupposto per l'adozione dell'atto di competenza statale. Eventuali prese di posizioni

---

<sup>1</sup> La Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome funge da organismo di coordinamento politico tra i Presidenti delle Giunte Regionali e delle Province Autonome, al fine di riuscire a condividere una posizione unitaria di tutte le Regioni e Province Autonome.

singolari da parte delle Regioni in contrasto con quanto indicato dall'atto di indirizzo avrebbero sicuramente compromesso lo spirito del Documento.

Tuttavia, assurgendo la delibera regionale a ruolo di fonte secondaria del diritto, rispetto al mero rango di *soft law* del Documento della Conferenza Regioni-Provinche Autonome, essa è sicuramente funzionale ad imprimere norme cogenti<sup>2</sup>, al contrario del predetto Documento, con la conseguenza che, pertanto, essa autonomamente può stabilire dei principi anche discordanti rispetto a quanto stabilito in sede di indirizzo. La Regione Veneto, quindi, legittimamente poteva stabilire, al momento del recepimento dell'atto di indirizzo, una parziale deviazione rispetto a quanto ivi stabilito. V'è da chiedersi, quindi, se l'atto di indirizzo abbia un valore meramente formale e nessuna conseguenza possa derivare dal suo mancato recepimento. La risposta appare affermativa, tant'è vero che si può rilevare come alcune Regioni si siano effettivamente orientate verso soluzioni contrastanti con quanto stabilito dal Documento: è il caso della Regione Friuli-Venezia Giulia, che ha provveduto ad innalzare il limite d'età a 50 anni anche per la fecondazione eterologa. In qualità di atto di *soft law*, difatti, non v'è sanzione alcuna che sia determinata dal fatto che una Regione non recepisca *in toto* o addirittura non recepisca per nulla l'atto di indirizzo: esso può, tuttavia, fungere da elemento di valutazione per gli interpreti, in particolar modo per la giurisprudenza.

Con la sentenza 491/2015, il TAR Veneto ha rilevato come, a seguito della sentenza della Consulta n. 162/2014, il mancato intervento regionale in tema di fecondazione eterologa avrebbe avuto l'effetto di impedire l'esercizio di un diritto e creato i presupposti perché concretamente venissero meno

---

<sup>2</sup> “La soft law può riguardare gli spazi di contorno della regola legale ma non può porsi in modo esuberante come diretta fonte del diritto” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 marzo 2015, n. 1584).

l'uguaglianza e la parità di trattamento dei singoli cittadini sottoposti al percorso della fecondazione omologa e di quelli che invece avessero scelto l'eterologa. Per inciso: secondo il Giudice, l'intervento regionale si rendeva opportuno, nel rispetto delle disposizioni nazionali vigenti, a prescindere dalla realizzazione del Documento di indirizzo e dalla successiva adozione dello stesso, potendo ogni Regione procedere autonomamente al fine di regolare la materia.

Con la sentenza 501/2015, il TAR Veneto ha inteso riconoscere il ruolo orientatore del Documento della Conferenza Regioni-Province Autonome, rilevando all'interno della delibera regionale di recepimento la discrasia che ha comportato la declaratoria di parziale illegittimità della stessa. Il Giudice rileva l'illegittimità infatti non nel contenuto del suddetto Documento, bensì nel fatto che la delibera di recepimento abbia previsto il mantenimento della già vigente disciplina circa la fecondazione omologa. Ad opinione del giudicante, infatti, per non incorrere in alcuna violazione del principio di eguaglianza e della legge nazionale che stabilisce per l'accesso alle prestazioni sanitarie un limite d'età basato sul concetto, non meglio specificato, di età fertile della donna, la Giunta Regionale del Veneto avrebbe dovuto non già procedere al mero recepimento del Documento prevedendo la contemporanea vigenza della normativa previgente, bensì avrebbe dovuto specificare che il recepimento sarebbe dovuto avvenire nella misura in cui esso non avesse preveduto diritti deteriori rispetto alla normativa previgente, avendosi altrimenti da applicare i principi stabiliti da quest'ultima. Il Giudice giustifica tale operazione evidenziando come il Documento orientativo avesse come scopo l'assimilazione delle due tipologie di fecondazione (omologa ed eterologa) a seguito della sentenza della Corte Costituzionale che ciò

prevedeva: in tal modo, si fa salvo il ruolo orientativo di *soft law*, circoscrivendolo ai suoi principi generali ed andando oltre le specifiche disposizioni. È chiaro quindi come il Giudice abbia evidentemente riconosciuto la funzione d'indirizzo del Documento della Conferenza ed a tale funzione abbia piegato il contenuto della delibera adottata dalla Regione Veneto. Interessante è osservare come il confronto tra la legittimità della norma ed il principio di eguaglianza avvenga rifacendosi ad un atto d'indirizzo che nessuna incidenza ha a livello formale per l'ordine delle fonti italiano, potendo ispirare politiche ma essendo *tamquam non esset* sotto il profilo normativo, tanto da richiedere la sua assimilazione tramite una delibera regionale per produrre effetti nell'ordinamento.

In definitiva, è da ritenersi che il TAR Veneto, nelle sentenze 491 e 501 del 2015 e specialmente in quest'ultima, abbia assunto, nel pieno esercizio dei propri poteri, un delicato ruolo di equilibrio, tutelando un atto di rilevanza politica sovra-regionale: ciò che viene condannato non è il recepimento dell'atto di indirizzo con la sua previsione di un limite d'età inferiore, bensì, a ben vedere, ciò che non è stato fatto nella delibera, ossia la previsione di una deroga al Documento per adeguarlo alla normativa regionale. Singolarmente, quindi, il Giudice ha inteso proporre una valutazione non tanto su quanto è stato approvato, bensì su quanto sarebbe stato da approvare, con ciò facendo pesare un proprio ruolo politico nei rapporti istituzionali in atto tra i diversi enti, prediligendo salvaguardare un atto sancente l'accordo tra le Regioni piuttosto che avallare l'operato della singola Regione Veneto. Ad una simile soluzione il Giudice non era certamente vincolato, potendo pure diversamente statuire l'illegittimità *tout court* della previsione sul limite d'età recepito: avendo avuto cura di precisare che l'illegittimità della delibera consiste nella

sua mancata adeguazione a quanto già previsto, il TAR si toglie dall'ingrato compito di entrare nel merito circa una disposizione del Documento, che anzi viene salvaguardato nel complesso del suo disegno, evitando di creare precedenti giurisprudenziali tali da poter comportare difformità di applicazione nelle diverse Regioni.

In conclusione, interpretando il proprio ruolo in funzione dell'orientamento espresso dal Documento, il TAR della Regione Veneto ha indicato quale fosse l'indirizzo da seguire per conciliare, nel rispetto del principio di eguaglianza, la normativa regionale sul tema, con ciò stabilendo un interessante precedente circa i criteri di interpretazione permessi tramite l'avallo di un atto di *soft law*.

Avv. Amedeo Tunicelli



## **DIRITTI DELLA PERSONA TRA INCERTEZZA NORMATIVA E INTERVENTI GIURISPRUDENZIALI**

### **NOTA A SENTENZA.**

Il presente scritto vuole affrontare, seppur in maniera succinta, la tutela dei diritti della persona che investono questioni etiche. Punto di partenza è la recente sentenza del Tar Veneto che ha annullato la delibera regionale della Regione Veneto che prevedeva un limite di 43 anni per le donne che intendevano accedere alle tecniche di fecondazione assistita eterologa nelle strutture pubbliche, a differenza di quella omologa alla quale si poteva accedere pur avendo un'età superiore a quella "potenzialmente fertile"<sup>1</sup>.

Tale pronuncia ha fatto sì che l'opinione pubblica tornasse nuovamente a discutere (e a dividersi) su importanti questioni di bioetica che coinvolgono una sfera molto personale della vita dei cittadini. Giova ricordare a tal proposito le pronunce sul c.d. Metodo Vanoni, metodo scientifico che prende il nome dal suo ideatore, protagonista di un contenzioso contro il Ministero della Salute. Nel caso specifico, Vanoni intese adire il giudice amministrativo al fine di ottenere l'annullamento del decreto di nomina della commissione ministeriale chiamata a giudicare la sperimentazione della sua cura. Altresì, come non richiamare una precedente pronuncia che ha parzialmente interessato la Regione Veneto e che ha egualmente visto protagonisti i giudici amministrativi, i quali si sono trovati a decidere se fosse più o meno giusto staccare il sondino che alimentava Eluana Englaro.<sup>2</sup>

Le vicende appena narrate, interrogano gli operatori del diritto e non solo, sulle questioni bioetiche. Come è risaputo, il giudice amministrativo, definito "*giudice del rapporto*", può esercitare la propria giurisdizione quando la pubblica amministrazione esercita i propri poteri autoritativi e in conseguenza di ciò degrada i diritti soggettivi ad interessi legittimi. E' questo il caso del diritto alla salute esercitato nell'ambito del servizio sanitario?

---

<sup>1</sup> Tar Veneto, Sez. III, 501/2015 del 23.04.2015.

<sup>2</sup> Nel corso della vicenda furono diversi gli appellati promossi all'allora Governatore Giancarlo Galan da alcune associazioni interessate alla cura dei malati al fine di ricoverare Eluana Englaro in una struttura pubblica veneta.

Nel caso in questione, infatti, la sentenza è stata emessa sulla base di un ricorso presentato da una coppia veneta sterile che aveva ricevuto un diniego all'accesso alla tecnica di fecondazione eterologa per avere la stessa superato il limite di 43 anni previsto da apposita delibera di Giunta Regionale. Il Tar Veneto, accogliendo i motivi di ricorso, ha annullato la delibera in questione, in quanto *“viziata per violazione dei principi costituzionale di uguaglianza nonché diritto alla genitorialità e alla salute”*. Per mera completezza, giova specificare come le sentenze emesse dal Tar della Regione Veneto siano due: una, respinge il ricorso presentato dall'Associazione giuristi per la Vita, dall'Associazione Pro Vita Onlus e da Futuro Popolare per l'annullamento della delibera nel suo complesso, sostenendo la correttezza di quanto in essa contenuto rispetto ai presunti vizi. L'altra, presentata dall'Associazione Coscioni, accoglie il ricorso contro il suddetto limite. La delibera in questione, (coperta da Ommissis), recepiva il *“Documento sulle problematiche relative alla – OMISSIS- eterologa a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 162/2014 della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome”*<sup>3</sup>.

Il Tar Veneto ha ricordato come, per effetto di una precedente delibera di Giunta,<sup>4</sup> si sia determinata una grave disparità per le donne che richiedono l'accesso ai sistemi di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA). Infatti, per coloro che richiedono l'utilizzo delle tecniche di tipo omologo, il limite è di 50 anni; mentre per coloro che ambiscono a quella eterologa, è previsto un diverso limite, più basso, di 43 anni. Da qui, secondo i giudici amministrativi, la lesione del principio di eguaglianza.

L'intera materia è regolata dalla legge n. 40/2014 che in origine consentiva la fecondazione omologa e poneva un divieto espresso per le tecniche eterologhe. Su tale normativa si è abbattuta la scure della Corte Costituzionale<sup>5</sup> che con una importante pronuncia, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge che poneva il divieto di fecondazione di tipo eterologa. In seguito a

---

<sup>3</sup> Il documento è frutto di una discussione avvenuta in sede di Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 4 settembre 2014 nella quale sono state approvate le linee guida da seguire. Le tecniche di PMA sono state inserite nei LEA.

<sup>4</sup> DGR 822 del 04.06.2011.

<sup>5</sup> Corte Costituzionale, sent. n. 162/2014.



tale sentenza, le Regioni sono intervenute con atti amministrativi finalizzati a consentire l'esercizio di tale diritto.

I ricorrenti hanno dedotto, quindi, l'illegittimità della delibera impugnata per violazione di alcuni principi costituzionali come già premesso, tra cui quelli contenuti negli art. 2, 3, 29 e 32 della Costituzione, nonché per violazione della stessa l. n. 40/2004. Ad avviso degli istanti, tali violazioni si sono tradotte in patologie del procedimento amministrativo, quali l'eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e disparità di trattamento, oltre che per contraddittorietà, illogicità ed errata valutazione dei presupposti di fatto e di diritto.

Altresì, i medesimi ricorrenti hanno palesato una violazione degli art. 8 e 14 della CEDU per presunta interferenza nel diritto umano alla formazione della famiglia.

I giudici di prime cure, nel testo della sentenza, hanno ribadito alcuni punti fermi. Preliminarmente hanno evidenziato come il Documento elaborato dalla Conferenza ha semplicemente natura di atto di indirizzo contenente le linee guida per le Regioni al fine di garantire i livelli di assistenza e non rappresenta un atto amministrativo in senso stretto.

Motivo del contendere è piuttosto il requisito soggettivo previsto per le donne "in età potenzialmente fertile". Secondo gli studi della comunità scientifica nazionale richiamati dai giudici amministrativi, è sconsigliabile la pratica eterologa su donne di età superiore a 50 anni.

In assenza però di una norma specifica, ed in seguito all'intervento della Consulta sulla l. n. 40, è indubbio che le tecniche di fecondazione omologa ed eterologa, debbano essere trattate allo stesso modo, essendo entrambe garantite dal SSN. Ne consegue nel ragionamento logico- giuridico della sentenza, che unico riferimento e criterio di discriminazione, debba essere ravvisato nella norma nazionale la quale, però, non dà indicazioni precise sullo stato della donna potenzialmente fertile. Da qui l'irragionevolezza, secondo i giudici amministrativi, della scelta operata dalla Regione Veneto di porre quale criterio distintivo per l'accesso alle due cure l'età della donna.

Emerge a chiare lettere l'assenza di qualsiasi intervento legislativo volto a disciplinare le delicate questioni attinenti la bioetica. Di conseguenza, si assiste ad un intervento suppletivo posto in essere da chi esercita la funzione giurisdizionale rispetto ai detentori del potere legislativo. Non sono poche le questioni nelle quali è mancato o continua a mancare la posizione del legislatore per dirimere aspetti delicati che attengono la sfera della persona. La volontà di rinviare il tempo delle scelte da parte dell'autore delle leggi, non fa altro che alimentare lo stato di confusione che alberga nei cittadini e nelle amministrazioni stesse come dimostra il caso in questione. Un legislatore poco attento e per certi versi poco responsabile contribuisce a diffondere un clima di incertezza che, se può essere tollerato in alcuni ambiti della vita quotidiana, di certo non può esserlo per ciò che riguarda il valore supremo della vita.

Di contro, la decisione del Tar Veneto che elimina il divieto dei 43 anni stabilito per la cura delle donne, riapre l'annoso dibattito sul rapporto tra desideri e diritti. Se è vero che il limite di età indicato nella delibera di giunta regionale pone una lesione del principio di eguaglianza, è pur vero che l'assenza di un qualsiasi criterio soggettivo per l'accesso alle tecniche di PMA, rappresenta un *vulnus* per l'intera collettività. Consentire ad una donna di mezza età l'accesso a tali cure per avere un figlio con tutto ciò che ne consegue, può essere riconosciuto come un vero e proprio diritto da tutelare, o semplicemente come un desiderio da soddisfare<sup>6</sup>?

Sul punto la decisione del Tar Veneto è in linea con quanto già sostenuto nella sentenza n° 162/2014 della Corte Costituzionale che si è pronunciata sulla legittimità della l. n. 40/2014, secondo la quale sussiste il "*diritto al figlio*", quale espressione della libertà di autodeterminazione dei genitori.<sup>7</sup> Tale conclusione ingenera più di un dubbio in quanto verrebbe meno il naturale bilanciamento di interessi tra genitori e figli, rispetto ad una prevaricazione della libertà intesa

---

<sup>6</sup> L. D'AVACK, "*Diritti del minore e procreazione medicalmente assistita*", in L. PALAZZANI, "*L'interesse del minore tra bioetica e biodiritto*", Roma, 2010.

A parte il problema dell'età della donna e il rischio di parto con peso significativamente inferiore al normale, con le tecniche di PMA, il rischio di nascere con malformazioni congenite aumenta dell' 8, 3%. Tali ricerche sono stato oggetto di studio e di confronto in C. FLAMIGINI, "*I bambini nati da tecniche di procreazione assistita*", marzo 2012. Si veda anche M. FARRI MONACO- P. PEILA CASTELLANI, "*Il figlio del desiderio*", Torino, Boringhieri, 2008.

<sup>7</sup> VITTORIO POSSENTI, "*Considerazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale sulla fecondazione eterologa*" in "*Iustitia* n° 2/2015, Giuffrè editore.

quale valore assoluto. Infatti, ad un diritto alla genitorialità, non corrisponde un diritto del figlio ad una identità genetica certa, ma semplicemente ad una legale.

E' necessario specificare, però, come il diritto alla genitorialità ribadito dai giudici amministrativi, non posso essere accolto *sic et simpliciter*. Infatti, la genitorialità che originerebbe dalle tecniche di fecondazione eterologa, c.d. biologica, non può essere equiparata alla genitorialità naturale. In quest'ultima, infatti, è la coppia stessa a generare una nuova vita, a partire dal suo concepimento fino al parto. La genitorialità eterologa, invece, sarebbe soltanto il frutto della gestazione materna con un contributo dell'altro coniuge limitato al solo consenso.

Assume quindi rilevanza nella vicenda in questione, anche ai fini di una corretta discussione sul diritto alla salute richiamato in sentenza, il riparto di giurisdizione.<sup>8</sup>

Esiste un livello di tutela dei diritti fondamentali che è proprio del giudice ordinario e riguarda i c.d. "diritti non affievolibili". Tali diritti, pur in presenza di un atto amministrativo, non sono soggetti a "degradazione" per cui sono considerati assoluti e impermeabili all'esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione.<sup>9</sup>

Con tale espressione, ovviamente, non si fa riferimento in maniera esclusiva al diritto alla salute ma a tutti quei diritti che riguardano strettamente la persona. Si pensi al diritto al nome, all'integrità personale o anche al diritto dello straniero al conseguimento del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie.<sup>10</sup> Nel caso in cui si palesi un contrasto tra il diritto assoluto e un provvedimento amministrativo, questo si risolve nella declaratoria della stessa a causa di un difetto assoluto di attribuzione.

Per quanto concerne nello specifico il diritto alla salute, esso deve essere inteso sia rispetto al versante oppositivo che sul versante pretensivo. In particolare, si presenta come diritto soggettivo incompressibile nel caso di

---

<sup>8</sup>Si veda O. SALAZAR-FERRER, "La crise bioetique du droit", in «Agone», 8-9, 1992; F. DI CHIO, "Diritto all'assistenza scolastica del minore disabile- competenza giurisdizionale, analisi del fumus boni iuris e del periculum in mora", in "Educazione&Scuola, 2013;

<sup>9</sup>Si veda sul punto Cass. Civ. sent. n° 1436/1979

<sup>10</sup> Sul punto Cass. Sez. unite, ord. 9 settembre 2009, n. 19393; Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2011, n. 4218

pretesa oppositiva, ovvero come diritto di non subire menomazione o compressione della salute. Mentre sul versante pretensivo, inteso come diritto di ottenere una prestazione o vantaggio, si devono distinguere diverse posizioni.

Sul punto, infatti, esiste un fecondo dibattito in dottrina in base al quale sono state formulate tre distinte tesi. Secondo una prima tesi massimalista, il diritto alla salute ha fondamento nell'art. 32 della Costituzione e deve essere inteso quale diritto fondamentale della persona. Ne consegue che nessun soggetto giuridico, neanche la pubblica amministrazione, ha il diritto di interferire con le scelte della persona o di assumere condotte che siano idonee a provocare un risarcimento del danno.

In base alla seconda tesi di stampo pubblicistico, si distingue il versante oppositivo del diritto alla salute da quello pretensivo. In riferimento al primo aspetto, nessuno può subire menomazioni della propria salute, neanche da parte dell'amministrazione. Il versante pretensivo, invece, deve essere interpretato come diritto a perseguire il miglioramento delle proprie condizioni di salute.

Una terza tesi, infine, è concorde sul versante oppositivo a ritenere che il diritto alla salute debba essere considerato quale diritto fondamentale incompressibile. Sul versante pretensivo, invece, è necessario porre una distinzione tra le circostanze gravi che espongono la salute ad un pericolo grave, rispetto alle altre ipotesi meno gravi.

In questa ultima ipotesi, resta una sfera di potere discrezionale dell'amministrazione ed il diritto alla salute può subire un fenomeno degradatorio.<sup>11</sup>

Giova brevemente riportare una pronuncia del Tar Lombardia, meglio nota come sentenza Englaro<sup>12</sup>, con la quale è stata espressa una posizione molto chiara relativamente alla giurisdizione in tema di diritti della persona.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 140/ 2007 nella quale si afferma che: *“la natura fondamentale dei diritti coinvolti non osta alla devoluzione delle controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo, non essendovi alcun principio o norma del nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.”*

V. CERULLI IRELLI, in *“Giurisdizione esclusiva ed azione risarcitoria nella sentenza Corte cost. n. 204/2004”* in Dir. Proc. Amm. vo 2004.

Afferma il collegio giudicante che: *“sulla questione dianzi indicata sussiste, senza alcun dubbio, la giurisdizione ratione materiae di questo Tribunale ai sensi dell'art. 33 d.lgs. n. 80/1998(...)Nessun rilievo, sul punto, può avere qualsivoglia considerazione sul formante di diritto soggettivo ovvero sul rango costituzionale della posizione soggettiva dedotta, dal momento che, anche in tema di diritti fondamentali tutelati dalla Carta Costituzionale, ove si versi nelle materie riservate alla giurisdizione esclusiva, compete ai giudici naturali della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica la cognizione delle relative controversie in ordine alla sussistenza dei diritti vantati ed al contemperamento degli stessi in rapporto all'interesse generale pubblico sempreché, beninteso, la loro incisione sia dedotta come effetto di un manifestazione di volontà o di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi di cui si denunci la contrarietà alla legge (cfr. Cass., sez un., 28 dicembre 2007, n. 27187). Nessun principio o norma, infatti, riserva esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti (Corte Cost. 27 aprile 2007 n. 140).”*

Il ragionamento logico- giuridico sviluppato quindi nella sentenza citata, si basa sull'assunto secondo cui il carattere incomprimibile dei diritti fondamentali non è più valido criterio discriminante della giurisdizione. Infatti, secondo gli estensori della sentenza, unici elementi distintivi sono il ruolo e il comportamento della Pubblica Amministrazione. E' assodato che nel caso in cui l'amministrazione si contrappone all'individuo e agisce nella sua veste di autorità, vi è un piena giurisdizione del giudice amministrativo. Nel caso opposto, quando la Pubblica amministrazione si pone alla stessa stregua del privato cittadino, vi è senza dubbio giurisdizione del giudice ordinario.<sup>14</sup>

Tale posizione, quindi, legittimerebbe la piena cognizione del giudice amministrativo che sarebbe così capace di tutelare pienamente i diritti della persona.

---

<sup>12</sup> Tar Lombardia, sezione Terza, 26.01.2009 n. 214. La sentenza del Tribunale Amministrativo arriva alla fine di un travagliato iter giudiziario che ha visto protagonista il papà di Eluana Englaro e la Regione Lombardia. Infatti, prima di tale pronuncia si erano espresse sia la Corte d'Appello di Milano con decreto 9 luglio 2008, sia la Suprema Corte di Cassazione con sentenza n° 21748 del 16.10.2007, sia finanche la Corte Costituzionale con l'ordinanza n° 334 dell'08.10.2008.

<sup>13</sup> Si veda sul punto in dottrina anche A. ROMANO, *“La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948”*, in *Dir proc. amm.*, 2004.

<sup>14</sup> F. CARINGELLA, *“Compendio di diritto amministrativo”*, Dike Giuridica Editore, IV edizione 2012 o anche E. CANNADA -BARTOLI, *“La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione”*, 1964, 95

Ne consegue che verrebbe superata la distinzione tra situazioni “*soggettive a nucleo variabile*” nei confronti delle quali la pubblica amministrazione eserciterebbe un potere discrezionale capace di degradare i diritti ad interessi legittimi, e “*posizioni soggettive a nucleo rigido*” che in ragione della loro dimensione costituzionale e della loro stretta inerenza a valori primari della persona, non possono essere sacrificati o compromessi.

In base a giurisprudenza costante<sup>15</sup>, in presenza di motivi di urgenza suscettibili di esporre il diritto alla salute a pregiudizi gravi ed irreversibili, la pubblica amministrazione difetta di qualsiasi potere discrezionale in grado di incidere sul diritto in questione.<sup>16</sup>

Il presente scritto ha voluto affrontare, seppur in maniera sintetica, alcuni delicati temi che scaturiscono dalla lettura di tale sentenza. Il primo e più importante, è appunto quello di tutelare i diritti della persona (e della coppia) nella sfera più intima, ovvero quella della procreazione. Questioni non semplici vista la rilevanza degli interessi coinvolti e soprattutto il coinvolgimento dell’opinione pubblica.

E’ naturale che gli operatori del diritto avviino una discussione ed un confronto che parta da un ossimoro giuridico, ovvero da ciò che rappresenta una certezza ma che allo stesso tempo produce profonde incertezze: la mancanza di un chiaro dettato normativo. L’assenza di qualsiasi norma, infatti, è sicuramente una certezza che produce non poca confusione tanto sul piano dottrinale quanto su quello giurisprudenziale. Su questo secondo versante si è assistito ad alcune pronunce della magistratura che hanno colmato le lacune di cui sopra che hanno interrogato in maniera diversa l’opinione pubblica.

In assenza di qualsiasi riferimento normativo, quindi, è anche la dottrina che deve elaborare soluzioni da offrire a quanti si trovano alle prese con decisioni riguardanti la tutela dei diritti della persona.

Non c’è bisogno di richiamare le duplici categorie del giuspositivismo e del giusnaturalismo per sostenere che le decisioni in tema di diritti della persona

---

<sup>15</sup> Cass., Sez. UU., 1 agosto 2006, n° 17461.

<sup>16</sup> M. IMMORDINO e M. G. CAVALLARO, sulla “Nullità del provvedimento amministrativo tra carenza di potere in astratto e carenza di potere in concreto..”in Giustamm, 14.9.2007

richiamano valori dinnanzi i quali qualsiasi operatore del diritto deve interrogarsi prima di effettuare qualsiasi scelta.

Ancora oggi nel nostro ordinamento la centralità della persona è punto cardine per orientare qualsiasi scelta di tipo legislativa e giurisdizionale, per tutelare in maniera effettiva quella convinzione profonda che ogni essere umano porta con sé un valore che il mondo del diritto deve saper tutelare.

Avv. Fabio Liparoti





## Commento a TAR Veneto, sez. I, del 29.07.2015, n. 877.

SOMMARIO: 1. – Premessa: le valutazioni discrezionali della Pubblica Amministrazione. 2. – Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni discrezionali. 3. – I principi di buon andamento, imparzialità, efficacia, efficienza ed economicità: maggiori profondità di sindacato del giudice amministrativo. 4. – La consulenza di servizi. 5. – Conclusioni.

### 1. – Premessa: le valutazioni discrezionali della Pubblica Amministrazione.

La questione affrontata dalla Sezione Prima del T.A.R. Veneto nella sentenza del 29.07.2015, n. 877 (presidente: Bruno Amoroso) riguarda la realizzazione della via acquee di accesso alla stazione marittima di Venezia mediante adeguamento delle attuali dimensioni del canale Contorta Sant'Angelo, individuato dall'Autorità Portuale di Venezia quale “*unica via di accesso*” tra le varie soluzioni ipotizzate.

La vicenda esaminata dai Giudici si collega, evidentemente, alla pregressa fase contenziosa relativa la navigazione nel canale della Giudecca e nel canale di San Marco delle “grandi navi” da crociera, conclusasi con l’annullamento giurisdizionale dell’ordinanza della Capitaneria di Porto di Venezia n. 152/2013.

I ricorsi, proposti dal Comune di Venezia e dall’Associazione ambientale “Associazione Ambienteveneziana – per la Tutela della Laguna e dell’Entroterra di Venezia”, erano volti all’annullamento degli atti assunti dal Comitato Portuale e dall’Autorità Portuale di Venezia (in particolare, del Decreto presidenziale n. 1697 del 12.08.2014) con cui il progetto di adeguamento della via acquee del Canale Cortona – Sant’Angelo veniva deciso ed infine approvato.

Le parti ricorrenti lamentavano l’incompetenza dell’Autorità Portuale di Venezia nel decidere la realizzazione di una grande opera infrastrutturale come quella in questione, nonché l’eccesso di potere per difetto di motivazione ed istruttoria, in quanto l’Autorità Portuale avrebbe aprioristicamente considerato la realizzazione dell’adeguamento della via acquee del Canale Contorta Sant’Angelo quale unica via di accesso possibile, senza svolgere una reale valutazione delle altre soluzioni prospettate e senza coinvolgere gli altri soggetti (sia pubblici che privati) i cui interessi risultavano coinvolti nella realizzazione della stessa.

Lamentavano, inoltre, la violazione delle norme costituzionali di cui agli artt. 9 e 117 Costituzione, nonché del decreto interministeriale n. 79/2012 c.d. “Clini – Passera”, della strumentazione urbanistica comunale vigente, della legislazione speciale per Venezia (legge n. 171/1973) e del P.A.L.A.V.

Nella sentenza in esame vengono anzitutto in rilievo i concetti giuridici di merito e di discrezionalità, cui si ricollega l’ulteriore concetto di insindacabilità da parte del giudice<sup>1</sup>. Nella concettualizzazione di queste definizioni, di per sé assai problematiche, si incontrano (e si scontrano) il principio di sovranità, di divisione dei poteri, il principio di legalità (inteso nel duplice senso di principio di tipicità e nominatività), di ragionevolezza ed equità<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Generalmente si tende a dire, infatti, che tutte le valutazioni di opportunità effettuate dalla P.A. rientrano nel c.d. merito amministrativo, come tale non soggetto al sindacato giurisdizionale, salvo le ipotesi eccezionali espressamente indicate, oggi, all’art. 133 c.p.a.

<sup>2</sup> Il merito degli atti amministrativi consisterebbe “nel contenuto di quegli elementi dell’atto, da determinare discrezionalmente”; secondo altri (in particolare Giannini), la discrezionalità non sarebbe altro che *species* del più ampio *genus* del merito; secondo altri ancora, il merito si risolverebbe nell’insindacabilità. Si ha, insomma, una commistione di concetti che, invece, devono essere tenuti distinti, benché ognuno di essi influisca fortemente sulla definizione dell’essenza dell’altro.

In particolare, la discrezionalità amministrativa è concepita tradizionalmente come potestà di scelta della Pubblica Amministrazione<sup>3</sup>, tra più comportamenti legittimi, di quello più idoneo a perseguire l'interesse pubblico.

In questo ambito di potere discrezionale trovano applicazione norme meta-giuridiche (la c.d. scienza amministrativa), nonché i principi di buon andamento e imparzialità previsti dall'art. 97 Cost. e richiamati dall'art. 1 legge 241/1990, insieme ai principi di efficienza, efficacia, economicità, pubblicità; principi su cui deve improntarsi l'azione amministrativa per essere legittima<sup>4</sup>.

La discrezionalità, quindi, pur essendo connotata da un certo margine di variabilità<sup>5</sup>, non è mai "libera", poiché la Pubblica Amministrazione rimane sempre vincolata al fine eteroimposto<sup>6</sup>.

Si parla poi più precisamente di discrezionalità amministrativa pura per indicare quell'attività comparativa degli interessi (sia pubblici che privati) che la P.A. è tenuta ad effettuare per individuare l'interesse pubblico primario o prevalente, che dovrà essere perseguito sacrificando, solo nella misura utile alla sua cura, gli interessi secondari<sup>7</sup>.

Diverso è, invece, il concetto di discrezionalità tecnica<sup>8</sup>, che di recente è stato al centro di un vivacissimo ed ancora non sopito dibattito.

Tradizionalmente, si parla di discrezionalità tecnica quando la legge abbia già predeterminato in astratto l'interesse pubblico che la P.A. è tenuta a tutelare, lasciando però a quest'ultima il compito di determinare, sulla base appunto di valutazioni tecnico-discrezionali, quando detto interesse pubblico ricorra nel caso concreto. Una volta accertata la situazione nel senso voluto della norma, la P.A. è tenuta al comportamento previsto.

Quando, invece, l'accertamento di una situazione di fatto, cui la legge ricollega determinate conseguenze, richieda l'applicazione di norme rigide, le quali non

---

<sup>3</sup> Secondo BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 26 ss., la discrezionalità è strettamente legata all'attività interpretativa, prodromica a quella valutativa.

<sup>4</sup> Ciò distingue l'attività amministrativa discrezionale dall'attività vincolata. CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 462 ss.; GUARINO G. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Vol. 1, Milano, 1983, 194 ss.; A.A.V.V., *Codice dell'azione amministrativa, Principi generali dell'attività amministrativa. Commenti all'art. 1 della legge 241 del 1990*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2011, 4-223.

<sup>5</sup> Si richiama alla mente la dogmatica tedesca che teorizzava i concetti di *Unbestimmter Rechtsbegriff* (concetti giuridici indeterminati) e di *Ermessensermächtigungen* (attribuzioni di potere discrezionale). Cfr. DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 14-18.

<sup>6</sup> Il potere discrezionale può poi investire differenti aspetti dell'azione amministrativa: riguarda l'*an*, qualora sia lasciata alla P.A. la scelta se agire o meno; riguarda il *quid*, laddove la P.A. sia in grado di scegliere il contenuto dei provvedimenti amministrativi; riguarda il *quomodo*, nei casi in cui la stessa è in grado di scegliere le procedure da seguire per addivenire ad un dato risultato; infine, può riguardare il quando, se l'Amministrazione abbia la facoltà di scegliere i tempi del suo agire.

<sup>7</sup> ZANOBINI G., voce *Amministrazione pubblica*, b) *Nozione e caratteri generali*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 236. In definitiva, il potere pubblico – dopo aver acquisito e valutato attentamente i dati necessari e utili (c.d. elemento cognitivo-valutativo) – può scegliere (c.d. elemento volitivo) tra più comportamenti (tutti in astratto egualmente possibili e giuridicamente consentivi) quello maggiormente conforme (per opportunità, adeguatezza, convenienza) alla dimensione degli eterogenei interessi concretamente coinvolti (pubblici, diffusi, privati), nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico prevalente.

<sup>8</sup> La stessa definizione di "discrezionalità tecnica" è, secondo parte della dottrina, frutto di un equivoco ed espressione, quasi, di un "ossimoro" giuridico. Da una parte, infatti, il termine "discrezionalità" è espressione di una libertà, seppure relativa, dell'Amministrazione; dall'altra, l'attributo "tecnica", lungi dal poter essere un predicato della libertà di scelta, è uno strumento di limitazione alle facoltà di discernimento dell'Amministrazione. In tal senso, BRUNETTI M., *Discrezionalità tecnica e sindacato del G.A. tra tradizione e innovazione*, in *Diritto e Scienza*, 3/2012.

consentano di ravvisare soluzioni differenti o margini di variabilità nelle relative valutazioni, la P.A. pone in essere un semplice accertamento tecnico<sup>9</sup>.

È stata inoltre individuata una terza forma di discrezionalità – dalla dottrina maggioritaria non considerata, in realtà, un vero e proprio *tertium genus* di discrezionalità –, ossia la c.d. discrezionalità mista.

Con tale terminologia si indicano le ipotesi in cui alla P.A. sia affidato, in un primo momento, il potere di accertare una data situazione di fatto alla stregua di norme tecniche; in un secondo momento, venga attribuito alla stessa P.A. un potere discrezionale di natura amministrativa pura, consentendo l'adozione della scelta più congrua alla cura dell'interesse pubblico.

## **2. – Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni discrezionali.**

Il giudice non può, in generale, sindacare la valutazione effettuata dalla P.A.<sup>10</sup>, spingendosi a considerare che cosa sia più idoneo o conveniente per l'interesse pubblico oppure emettendo un giudizio tecnico diverso da quello effettuato dalla P.A.<sup>11</sup>. Solo la P.A. medesima può, di fronte ad un vizio di merito, effettuare una nuova scelta che renda l'atto maggiormente conveniente ed opportuno.

In realtà, la tendenza evolutiva che può cogliersi nella giurisprudenza e nella dottrina è quella di ammettere che le conclusioni raggiunte dalla P.A. in sede di esercizio della c.d. discrezionalità tecnica siano censurabili davanti al giudice amministrativo.

L'interesse per la questione (mai in realtà sopitosi) è rifiorito con l'implementazione dei poteri istruttori del giudice amministrazione e, infine, con l'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio anche nel processo amministrativo da parte dell'art. 16 della legge 205 del 2000 (oggi disciplinata dagli artt. 63, 66 e 67 c.p.a.)<sup>12</sup>.

Le tesi in materia di sindacabilità delle valutazioni tecnico-discrezionali della P.A. si possono riassumere entro due orientamenti.

Secondo un primo orientamento del c.d. giudicato solo estrinseco del giudice amministrativo, più risalente e oramai da superare<sup>13</sup>, le valutazioni tecniche compiute dall'Amministrazione “*costituiscono espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale, di per sé insindacabile in sede giurisdizionale, salva l'ipotesi in cui le*

---

<sup>9</sup> SALVIA F., *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 701, secondo cui “gli accalamenti tecnici” sono “diretti ad accertare o valutare fatti, la cui conoscenza è essenziale all'organo di amministrazione attiva per l'assunzione delle sue decisioni”; mentre le valutazioni tecniche di tipo operativo “tendono (...) a stabilire i criteri e i mezzi per risolvere problemi pratici, anche attraverso una composizione operativa dei diversi interessi coinvolti nell'azione amministrativa”.

<sup>10</sup> Cons.Stato, sez. IV, 01.07.1992, n. 654.

<sup>11</sup> Cons.Stato, sez. IV, 04.07.1988, n. 889.

<sup>12</sup> L'accertamento dei fatti è un'operazione giudiziale che deve essere compiuta in maniera piena e autonoma da parte dei giudici (salvo che non si tratti di atti o comportamenti irripetibili in giudizio). Un conto infatti è la pienezza dell'istruttoria, altro è quello della facoltà del giudice di sostituire a quella dell'Amministrazione la propria posizione sui fatti.

<sup>13</sup> FENNI B., *La discrezionalità tecnica ed il sindacato del giudice amministrativo*, in *Diritto.it*, ISSN 1127-8579, 2013; SCOCA F. G., *Sul trattamento giurisdizionale della discrezionalità*, in *Potere discrezione e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 115. Questo orientamento poneva gravi profili di incostituzionalità rispetto al principio di effettività della tutela, il cui rispetto implica che non si possano escludere dal sindacato del giudice amministrativo valutazioni diverse da quelle legale alle scelte di “opportunità” della Pubblica Amministrazione.

valutazioni siano manifestamente illogiche e fondate su insufficiente motivazione o errori di fatto”<sup>14</sup>.

Il sindacato del giudice amministrativo sarebbe, in altri termini, limitato al mero dato “estrinseco”, ossia ad un mero controllo sull’esteriorità della motivazione del provvedimento amministrativo, spingendosi all’analisi della sua inattendibilità solamente ove dalla lettura del provvedimento emergessero evidenti illogicità e/o incoerenze.

Ad esso si contrappone l’orientamento del c.d. giudicato anche intrinseco del giudice amministrativo, che ammette un controllo più ampio sui giudizi tecnico-valutativi posti in essere dai poteri pubblici<sup>15</sup>. Ciò per consentire al giudice amministrativo, in quanto *peritus peritorum*, una cognizione estesa al fatto e alla correttezza del procedimento seguito dall’Amministrazione nell’emanazione del provvedimento.

All’interno di questo secondo orientamento, si possono riconoscere due filoni interpretativi: quello del c.d. sindacato intrinseco “debole” (o non sostitutivo) e quello del sindacato intrinseco “forte” (o sostitutivo) del giudice amministrativo.

La giurisprudenza prevalente si è orientata nel senso dell’inammissibilità di un sindacato di tipo forte<sup>16</sup>, in quanto il compito del giudice nel valutare la legittimità del provvedimento amministrativo sarebbe esclusivamente quello di verificare se tale atto sia espressione di un potere esercitato in modo conforme alla norma che lo attribuisce.

Secondo la tesi c.d. “debole” o “non sostitutiva”, infatti, qualora “*la tecnica sia inserita nella struttura della norma giuridica*”, ovvero sia quando nell’ambito delle posizioni normative vi sia un richiamo *per relationem* a norme tecniche proprie di una certa branca scientifica, si verifica una sorta di integrazione del tessuto normativo della disposizione che si arricchisce dei contenuti propri delle scienze ivi richiamate, sicché “*l’applicazione di un criterio tecnico in modo inadeguato o ancora il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti comportano un vizio di legittimità dell’atto*”<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Cons.Stato, sez. IV, 3554/2004; Cons.Stato, sez. V, 01.10.2010, n. 7262. Di recente, invero TAR Campania, sez. VI, 21.11.2014, n. 6034, ha escluso la possibilità di un sindacato del giudice amministrativo sull’esercizio di discrezionalità tecnica, salvo il caso in cui “*vengano in rilievo errori sintomatici del non corretto esercizio del potere sotto il profilo del difetto di motivazione, di illogicità manifesta, della erroneità dei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti*”. In sostanza, il giudice amministrativo non potrebbe mai sindacare le valutazioni tecnico-discrezionali dell’Amministrazione, salvo che la motivazione non sia affetta da vizi c.d. “macroscopici, ascrivibili a un travisamento o ad irragionevolezza.

<sup>15</sup> V. in particolare Cons.Stato, sez. IV, 09.04.1999, n. 601, che riconosce *expressis verbis* la possibilità di un sindacato che si spinga fino alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il duplice profilo della correttezza del criterio tecnico individuato e della correttezza del procedimento applicativo seguito dalla Autorità per l’applicazione dello stesso. Tale decisione pare aver accolto quanto segnalato da autorevole dottrina che, al fine di superare ogni incertezza, ha richiamato il concetto di ragionevolezza, in riferimento all’azione del pubblico potere. In tal senso, IEVA L., *La c.d. discrezionalità tecnica dopo la decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, del 9 aprile 1999, n. 601 e la legge n. 205 del 2000 in materia di giustizia amministrativa*, in *Lexitalia.it*.

V. anche Cons.Stato, sez. VI 4635 del 2007, ove si legge: “*Tramontata l’equazione discrezionalità tecnica-merito insindacabile, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’autorità amministrativa, bensì, alla verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sia sotto il profilo della loro correttezza sia con riguardo al criterio tecnico ed al relativo procedimento applicativo, dovendosi intendere, oramai, per merito amministrativo solo i profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo (...)*”.

<sup>16</sup> V. ad esempio Cons.Stato, sez. IV, 4658 del 2000.

<sup>17</sup> Cons.Stato, sez. IV, 09.04.1999, n. 601.

Si verifica, quindi, un fenomeno di eterointegrazione normativa ad opera della regola tecnico-scientifica.

Il sindacato vertente sulla correttezza della valutazione tecnica effettuata si risolve così in un sindacato che attiene direttamente alla legittimità dell'azione amministrativa e dell'atto amministrativo conseguente e certamente non riguarda il merito, sicché, si potrebbe dire, quello che si configura è *strictu sensu* un vizio di violazione di legge<sup>18</sup>.

I limiti al sindacato giurisdizionale si rinvergono unicamente nel grado di relatività della regola tecnica (ossia di incertezza circa i risultati cui può condurre: c.d. concetto di opinabilità<sup>19</sup>) e nel rischio di “confusione” nella norma attributiva del potere tra aspetti di discrezionalità tecnica e profili di discrezionalità amministrativa.

Un'attività come quella in quest'ultimo caso descritta implicherebbe, infatti, un'attività di giudizio e non di mero accertamento, sicché il giudice dovrà arrestarsi per non entrare nel merito delle scelte amministrative, pena la violazione del principio di divisione dei poteri<sup>20</sup>.

In giurisprudenza prevale, dunque, la tesi del sindacato “debole”<sup>21</sup>.

### **3. – I principi di buon andamento, imparzialità, efficacia, efficienza ed economicità: maggiori profondità di sindacato del giudice amministrativo.**

Si cerca, oggi, di limitare sempre più l'ambito del merito amministrativo, vincolando l'amministrazione non solo a fare “giusto”, ma anche a fare “bene”.

I principi di buon andamento e di ragionevolezza, nonché di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa divengono gli strumenti principe per ampliare l'ambito di sindacabilità del giudice<sup>22</sup>.

*Rebus sic stantibus*, il *proprium* del controllo giurisdizionale sulla valutazione tecnica si risolve, in sostanza, nella verifica della correttezza/scorrettezza del giudizio

---

<sup>18</sup> LASCHENA R., voce *Violazione di legge (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, XXXII, 1994.

<sup>19</sup> Cons.Stato, sez. III, 02.04.2013, n. 1856, secondo il quale “Laddove residuino margini di opinabilità in relazione a concetti indeterminati, quindi, il giudice amministrativo non può sostituirsi alla valutazione che spetta all'Autorità, se questa sia attendibile, secondo la scienza economica, immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, o da violazioni di legge”. L'opinabilità è stata posta in collegamento con il principio democratico di competenza dell'Amministrazione (art. 97 Cost.): essendo quest'ultima attributaria della cura degli interessi pubblici e non offrendo l'ordinamento parametri certi per il sindacato sulle sue scelte, non vi è ragione, né possibilità di sovrapporre alle decisioni dell'Amministrazione quelle del giudice. Cfr. GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, 71.

<sup>20</sup> V. Cons.Stato, sez. IV, 05.03.2010, n. 1274; CARINGELLA F.-PROTTO M., *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2001, 924: “Il giudice penetra nel momento conoscitivo dell'Autorità e ne vaglia l'esito, ma solo allo scopo di accertarne l'attendibilità scientifica, arrestandosi di fronte alla sfera di opinabilità che sostanzia il nucleo forte del concetto giuridico indeterminato”.

<sup>21</sup> *Ex multis*, v. Cons.Stato, sez. IV, 06.10.2001, n. 5287; Cons.Stato, sez. VI, 27.02.2006, n. 829; Cons.Stato, sez. VI, 01.06.2012, n. 3283; Cons.Stato, sez. IV, 08.10.2012, n. 5209; Tar Veneto, sez. II, 14.02.2013, n. 212. L'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa è stato accolto e fatto proprio anche dalla Corte di Cassazione: v. in particolare, Cass., SS.UU., 14.07.2010, n. 14893; Cass., SS.UU., 17.02.2012, n. 2312.

<sup>22</sup> Cons.Stato, A.P., 28.01.2012, n. 1: in tema di individuazione del promotore finanziario, il supremo Consesso ha affermato che “la valutazione compiuta dall'amministrazione in ordine all'interesse pubblico delle proposte presentate è certamente sindacabile dal giudice amministrativo, seppure nell'ambito del giudizio di legittimità connotato al processo. La presenza di aspetti di stretta discrezionalità amministrativa non elide la necessità di rispettare alcune essenziali regole di trasparenza e ragionevolezza, tanto più rilevanti quando la valutazione delle proposte si svolge in un contesto comparativo (...), sulla base di limiti imposti dallo stesso ente pubblico ed esplicitamente correlati alla formazione di una specifica graduatoria, basata su punteggi attribuiti da una commissione imparziale e dotata di specifiche competenze tecniche”.

formulato dalla Pubblica Amministrazione e, per suo tramite, dal funzionario (o altro soggetto incaricato)<sup>23</sup>.

In quest'ultimo caso il fenomeno incide maggiormente sulla discrezionalità amministrativa pura.

Assume evidentemente rilevanza la figura dell'eccesso di potere<sup>24</sup>: nonostante l'evoluzione del sistema del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, la figura dell'eccesso di potere mantiene la sua unitarietà concettuale attorno all'idea per cui le varie figure che lo compongono, per quanto eterogenee, concorrono alla creazione di una "deontologia dell'ente pubblico" affinché questo si dispieghi in modo congruo<sup>25</sup>.

Si potrebbe, in un certo senso, riconoscere nella figura dell'eccesso di potere la sintesi di regole di comportamento (o di standards comportamentali) della Pubblica Amministrazione<sup>26</sup>.

Quindi, come in materia di impiego si impongono standards sulla base dei quali verranno poi valutate le performance professionali dei funzionari pubblici<sup>27</sup>, così, in materia di valutazioni discrezionali, la Pubblica Amministrazione è obbligata a rispettare una rosa di principi normativi che costituiscono degli "standard comportamenti" che, se violati, rendono illegittima (e non inopportuna) l'azione amministrativa, nell'ottica di una "Amministrazione di risultato".

Quello appena descritto non è altro che uno dei tanti tentativi per far rientrare ciò che appartiene al merito nella legittimità.

#### **4. – La consulenza di servizi.**

Premesso quanto *supra*, il TAR Veneto ha ritenuto che la realizzazione di un'opera che interessi vari aspetti della vita locale, con riflessi anche di natura nazionale ed internazionale, deve costituire il risultato di valutazione comparative, che devono tenere conto non solo dell'interesse portuale affidato alla cura dell'Autorità Portuale, ma anche di "*ogni altro elemento che riguardi i possibili risvolti penalizzanti a carico dell'ambiente e della vita portuale, nonché agli interessi economici e sociali strettamente connessi con l'attività crocieristica*".

In altri termini, l'approvazione relativa un'opera infrastrutturale di tali dimensioni deve comportare il coinvolgimento, nell'esercizio della discrezionalità, di tutte le Amministrazioni affidatarie della cura e tutela degli interessi pubblici coinvolti dalla realizzazione di suddetta opera (nonché dei privati ed eventualmente degli enti esponenziali, in base a quanto stabilito dalla legge 241 del 1990).

---

<sup>23</sup> Ciò alla stregua del metro di valutazione della colpa professionale, intesa ad individuare l'eventuale colpa (per negligenza, imprudenza o imperizia) o dolo del tecnico nell'esperire le operazioni che presiedono al procedimento di valutazione tecnica.

<sup>24</sup> GASPARRI P., voce *Eccesso di potere*, in *Enc. dir.*, XIV, 131; PIRAINO S., *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, 131. Attraverso il vizio dell'eccesso di potere, infatti, il giudice amministrativo controlla il modo (legittimo o meno) con cui l'Amministrazione ha esercitato la discrezionalità, ossia il modo con cui sono stati ponderati gli interessi coinvolti. Ciò non significa, tuttavia, valutare la "bontà" del risultato conseguito: l'eccesso di potere costituisce, in altri termini, il limite ai poteri discrezionali stessi, senza però per questo oltrepassare il limite del sindacato dell'opportunità della scelta amministrativa.

<sup>25</sup> GILIBERTI B., *Il merito amministrativo*, cit., 95.

<sup>26</sup> Così inteso l'eccesso di potere non andrebbe neppure a confondersi, nonostante tutto, con la violazione di legge.

<sup>27</sup> In realtà, si inizia a parlare di standard molto prima del c.d. Decreto Brunetta (d.lgs. 150 del 2009): è a partire dal DPCM del 27 gennaio 1994 che si inizia a parlare di standards, aprendo la strada all'introduzione delle c.d. Carte dei servizi che, a loro volta, costituiscono clausole generali del contratto integranti automaticamente il contenuto dei contratti.

Infatti, secondo i Giudici, per la realizzazione di una grande opera come quella in questione “*devono ritenersi necessari apporti che fuoriescono dalle logiche di organizzazione della sola vita portuale, anche considerato che non appare definito l’ambito stesso della portualità veneziana, dovendosi ritenere che una più ampia visione del problema vada ad incidere su altre realtà portuali inerenti alla Laguna Veneta che è ambito ben più ampio della stretta laguna della città di Venezia*”.

Le parole dei Giudici del TAR Veneto sembrano in qualche modo suggerire un richiamo all’istituto della conferenza di servizi – ed in particolare la conferenza di servizi c.d. preparatoria –, la quale può essere indetta con estrema libertà “*qualora sia opportuno effettuare un esame contestuale di vari interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo*” (art. 14 legge 241/1990)<sup>28</sup>.

Non è qui possibile avventurarsi nell’analisi dettagliata della natura giuridica e del funzionamento dell’istituto. Basti dire, per ciò che interessa, che la conferenza di servizi ha natura latamente istruttoria, nonché assolve ad una “funzione di coordinamento dei poteri pubblici”, finalizzata alla semplificazione dell’azione amministrativa<sup>29</sup>.

In tal senso, l’istituto della conferenza di servizi introduce un nuovo “metodo procedimentale”<sup>30</sup>, quale sintesi tra azione ed organizzazione: tocca direttamente, infatti, il cuore dell’azione amministrativa – ossia l’art. 97 Cost., l’efficacia, l’efficienza, l’economicità – ma anche dell’organizzazione delle Amministrazioni Pubbliche – ossia delle modalità con cui la decisione finale è assunta.

Addirittura, una lettura innovativa dell’istituto vede nella conferenza di servizi “*un modo per assicurare l’unità dell’amministrazione attraverso il superamento della frammentazione del sistema delle competenze*”<sup>31</sup>.

Se poi la convocazione della conferenza di servizi – e, quindi, l’esame contestuale di diversi interessi pubblici – è di per sé libera (quindi lasciata ad una scelta di opportunità dell’Amministrazione), il caso esaminato dai Giudici del TAR Veneto ben potrebbe rientrare nella fattispecie di cui all’art. 14-*bis* legge 241/1990, il quale dispone il ricorso *obbligatorio* ad una conferenza di servizi “di grande opera pubblica”<sup>32</sup>, specificamente destinata alla programmazione, alla progettazione, alla decisione e alla realizzazione di opere pubbliche e programmi operativi che richiedono l’intervento di più Amministrazioni<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> La natura preparatoria della conferenza è utile in tutte le ipotesi in cui, appunto, a fronte di una pluralità di interessi, sia opportuno vagliarne i profili con modalità che ne consentano il contestuale esame, sia nel caso di procedimento unico, sia nel caso di procedimenti connessi ma distinti.

<sup>29</sup> FORTE P., *La conferenza di servizi*, Padova, 2000, 144. Meglio, la conferenza di servizi sarebbe istituito volto a sintetizzare il procedimento “trasformando la sua normale scansione dipanata in contemporaneità decisionale”, in valutazione (istruttoria) istantanea.

<sup>30</sup> Corte cost., 09.03.1996, n. 79.

<sup>31</sup> D’ORSOGNA D., *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002, 105. L’elemento positivo derivante dall’utilizzazione della conferenza di servizi sarebbe, dunque, costituito dalla riunificazione delle competenze divise sulla base della loro concorrenza su un determinato oggetto e sulla sostituzione del principio di soggettivizzazione delle competenze con una visione “oggettiva” delle stesse. Peraltro, la conferenza non implica alcun trasferimento di competenze (o di poteri) dai singoli partecipanti alla riunione (ovvero dagli uffici che essi rappresentano) ad una struttura collegiale (qui inesistente). La conferenza, invero, consente valutazioni dialettiche comuni ma non dà luogo a provvedimenti unitari; di conseguenza, le decisioni assunte in conferenza sono concordate tra le varie Amministrazioni partecipanti, possono dunque assumere forma contestuale ma non si fondono mai in una deliberazione unitaria.

<sup>32</sup> FORTE P., *La conferenza di servizi*, cit., 41.

<sup>33</sup> Nel caso di specie, quindi, non vi sarebbe stata la possibilità per l’Autorità Portuale di Venezia di valutare discrezionalmente l’opportunità di convocare la conferenza di servizi.

Proprio l'istituto della conferenza di servizi è stata – e sarà, con la nuova riforma in materia di riorganizzazione delle Pubbliche Amministrazioni varata dal Governo Renzi (Riforma P.A. n. 1577/AS)<sup>34</sup> –, oggetto di numerosi interventi normativi.

Tutte le preannunciate modifiche saranno volte alla semplificazione dell'azione amministrativa, segno che proprio questo istituto è visto come centrale nella costruzione di una nuova organizzazione pubblica, sempre più incentrata sul risultato<sup>35</sup>.

## 5. – Conclusioni.

La Sezione Prima del TAR Veneto ha, dunque, censurato gli atti dell'Autorità Portuale di Venezia oggetto di impugnazione, affermando che, nel caso di specie, era stata privilegiata “*una soluzione progettuale aprioristicamente ipotizzata al di fuori di ogni adeguata ponderazione sul piano dei costi, dei tempi di realizzazione, nonché del minore impatto ambientale possibile sull'equilibrio lagunare*”, annullando infine il decreto presidenziale n. 1679 del 12 agosto 2014 in quanto frutto di “*inadeguate valutazioni, non supportate dai necessari studi ed approfondimenti comparatistici*”.

Nel caso esaminato, i Giudici hanno dunque ravvisato un eccesso di potere dell'Autorità Portuale di Venezia per carenza di motivazione ed istruttoria, nonché per manifesta illogicità ed irragionevolezza delle scelte effettuate.

Sulla base di quanto fin qui analizzato, si può dunque concludere che non vi è stata alcuna invasione della sfera del merito della scelta amministrativa, poiché il giudice continua a giudicare *ab externo* l'atto amministrativo.

Nel caso di specie, si rientra, invero, in quelle ipotesi di vizi c.d. “macroscopici”, ascrivibili a un travisamento o a irragionevolezza.

Peraltro, con la sentenza del Tar Veneto n. 877 del 2015 emergono considerazioni non solo circa i vari istituti giuridici, ma anche in merito al ruolo – si potrebbe dire – “socio-giuridico” del giudice amministrativo in quanto tale.

Ancora di più in una città come Venezia, che giorno dopo giorno perde i suoi abitanti, in cui domina la monocultura del turismo e dove chi governa ha “dimenticato” lo stretto legame della città con l'ambiente lagunare circostante, il Giudice amministrativo che qui opera deve cercare di mantenere viva quella “*città invisibile*”<sup>36</sup>, che orienta le sue decisioni per il bene della *polis* e dell'ecosistema lagunare in cui la città di Venezia stessa è inclusa.

Dott. Nausicaa Boato

---

<sup>34</sup> Anticipa, peraltro, una drastica riduzione delle ipotesi di conferenza di servizi obbligatoria, in netta discontinuità con le visioni innovative e le speranze riposte in questo strumento di “fusione” tra azione ed organizzazione amministrativa. L'aspetto, però, più rilevante della nuova normativa della conferenza di servizi sarà il collegamento con il silenzio assenso tra amministrazioni: l'art. 3 introduce il nuovo art. 17-*bis* della legge 241/1990, il quale andrà a prevedere un'ipotesi di silenzio nell'acquisizione di atti di concerto, assensi e nulla osta.

<sup>35</sup> Ritorna, anche qui, l'idea di una “Amministrazione di risultato”, che deve anche rendere conto “di quello che fa”.

<sup>36</sup> SETTIS S., *Se Venezia muore*, Torino, 2014. Le città, infatti, non sono costituite solo da mura e pietre, di uomini e donne, ma anche e soprattutto da un tessuto culturale e di tradizioni che lega gli abitanti alla propria città e al territorio in cui questa è inserita. Un legame che si rinnova ad ogni generazione e che rischia di scomparire quando “le città perdono memoria di sé”.



## **Errore progettuale e riparto di giurisdizione**

### **La figura del progettista c.d. in “contracting out”**

*(Nota a Corte dei Conti, sez. giur. reg. Veneto, n. 34/2015, U.P. 13.11.2014 - deposito 17.3.2015, Redattore: Comite – Presidente: Buscema)*

#### **I. La vicenda da cui trae origine la controversia**

La sentenza è volta ad accertare la responsabilità erariale in capo al progettista-direttore dei lavori e, nello specifico, il presunto danno erariale patito dal Comune di Venezia per la realizzazione del quarto ponte sul Canal Grande, il c.d. “Ponte della Costituzione”. Già dal 1996 – sia nel progetto preliminare al Piano Regolatore Generale (P.R.G.) che nella nuova proposta di variante per la “Città Antica di Venezia” – era stato previsto un collegamento aereo per facilitare i flussi di traffico pedonale tra le rive di Piazzale Roma e della Fondamenta prospiciente il palazzo delle Ferrovie. Per quest’opera, l’architetto internazionale Santiago Calatrava Valls, celebre per la progettazione di ponti e strutture complesse, ha donato alla Città di Venezia uno studio di fattibilità composto da un plastico e da vari elaborati annessi, che ha ottenuto, fin da subito, notevoli apprezzamenti dall’amministrazione.

La Giunta Comunale, in particolare, ha mostrato interesse per la realizzazione dell’opera e la Commissione di Salvaguardia ha dato parere favorevole a procedere con la progettazione della struttura. E’ stata dunque intrapresa la procedura ad evidenza pubblica per il conferimento delle fasi di progettazione, rispetto alle quali, in considerazione dell’importanza dell’intervento, si è ritenuto opportuno ricorrere all’ausilio di prestazioni professionali esterne. All’esito della predetta selezione pubblica, è risultato primo classificato l’arch. Calatrava, al quale è stato conferito l’incarico di progettazione definitiva ed esecutiva dell’opera.

Con delibera di Giunta n. 113/2001 è stato poi approvato il progetto definitivo dell’intervento e, in séguito, si affidava l’incarico per la sua validazione ad un’impresa.

La sentenza ricostruisce nel dettaglio gli episodi che hanno dato luogo alla fattispecie *de qua*. Per ragioni di sintesi, si può ricordare solamente che, al progettista è stata affidata anche un'attività di "consulenza" della direzione dei lavori e che, nel corso dell'esecuzione dei lavori stessi, sono state adottate una serie di perizie suppletive e di variante che hanno – cumulativamente – comportato un incremento dei costi di realizzazione e dei tempi di esecuzione.

Occorre evidenziare, inoltre, che la Procura regionale ha rilevato nel proprio atto di citazione un'anomala lievitazione dei costi per circa Euro 3.886.000,00, che sono stati imputati all'architetto progettista nonché collaboratore della direzione dei lavori e, altresì, ai tecnici del comune che, in vari periodi, hanno seguito l'esecuzione dell'infrastruttura.

L'aumento della spesa è stato ricondotto, in particolare (i) ai maggiori oneri di costruzione derivanti dall'adozione di perizie suppletive e di variante, (ii) alla mancata applicazione dei ribassi d'asta per i nuovi interventi e, infine, (iii) all'attività di manutenzione e ai relativi costi.

## **II. La decisione adottata dal Collegio. Riflessioni critiche**

Con la sentenza, prima ancora di affrontare la fondatezza della pretesa risarcitoria, i Giudici hanno risolto le questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito rilevate dagli imputati.

Tra queste, un primo tema posto all'attenzione del Collegio riguarda la possibilità di configurare il difetto di giurisdizione contabile, in quanto la difesa del progettista ha prospettato che il medesimo – esaurita la fase di progettazione dell'opera – sarebbe stato ingaggiato esclusivamente come consulente della direzione dei lavori, senza quindi essere inserito nella struttura organica dell'Amministrazione. Secondo l'insegnamento della Suprema Corte, l'istituto che disciplina il rapporto tra il progettista e l'Amministrazione che gli ha conferito l'incarico è il contratto d'opera professionale<sup>1</sup>, notoriamente soggetto alla giurisdizione del giudice ordinario<sup>2</sup>. Conseguentemente, l'attività di

---

<sup>1</sup> Sul punto, Corte di Cassazione, S.U., 23 marzo 2004, n. 5781, in *Rivista Amministrativa*, 2004, p. 660, con nota di MORRONE S., *Sul rapporto di lavoro del progettista d'opera pubblica*.

<sup>2</sup> Cfr. Corte di Cassazione, S.U., 9 febbraio 2011, n. 3165 in [www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/Sentenze](http://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/Sentenze).

progettazione assumerebbe rilevanza pubblicistica solo dopo l'approvazione del progetto da parte dell'ente locale committente. La tesi del rapporto contrattuale è peraltro condivisa sia dalla maggiore giurisprudenza amministrativa<sup>3</sup> che da quella contabile<sup>4</sup>, le quali precisano che la natura privatistica del rapporto non muta per il solo fatto che il professionista interagisca con l'amministrazione al fine di svolgere un'eventuale attività preparatoria e di raccordo con i pubblici uffici. Ne discende, dunque, che tra un professionista incaricato di progettare un'opera pubblica e la Stazione appaltante non s'instaura un rapporto di servizio, neppure *de facto*, il quale costituisce uno dei presupposti necessari per radicare la giurisdizione contabile.

Per quanto riguarda la figura del direttore dei lavori è pacifico, invece, che per l'eventuale danno patito dall'amministrazione sussista la giurisdizione contabile. Nel caso di specie viene in rilievo, tuttavia, non già l'effettivo ruolo di direttore dei lavori, bensì la peculiare figura del progettista c.d. in "*contracting out*", vale a dire il professionista che svolge le funzioni di direttore dei lavori, anche in via di fatto, operando in rapporto di servizio con la stazione appaltante. È chiaro, in tale circostanza, che anche in assenza di un incarico formale egli è investito *de facto* della qualità di professionista estraneo all'amministrazione, ovvero di colui che, una volta inserito nell'organizzazione dell'amministrazione stessa e fermo il rispetto di specifici obblighi volti ad assicurare la conformità dell'opera alle esigenze generali cui è preordinata<sup>5</sup>, svolge un'attività continuativa in favore della committente. In adesione a questa prospettiva, il Collegio giudicante ha quindi affermato la sussistenza della giurisdizione contabile poiché, oltre alla responsabilità in qualità di progettista dell'architetto incaricato, viene comunque in rilievo l'eventuale responsabilità quale soggetto collaboratore della direzione dei lavori, che, in ossequio al divieto di sdoppiamento delle giurisdizioni<sup>6</sup>, rientra nell'alveo della giurisdizione contabile.

---

<sup>3</sup> Cfr., *ex multis*, TAR Sicilia-Catania, sez. III, 28 dicembre 2012, n. 3078 in *Foro Amministrativo*, 2012, p. 405.

<sup>4</sup> Tra le altre, Corte dei Conti, sez. giur. reg. Toscana, 10 ottobre 2000, n. 1794, in <https://servizi.corteconti.it/bds/>.

<sup>5</sup> Cfr. Corte dei Conti, sez. giur. reg. Trentino Alto Adige, 27 maggio 2009, n. 35, in <https://servizi.corteconti.it/bds/>.

<sup>6</sup> *Ex multis*, Corte di Cass., S.U., 22 settembre 2014, n. 19891; Corte di Cass., S.U., 2 dicembre 2008, n. 28537.

Di questo avviso è stata anche la Corte di Cassazione, la quale, con l'ordinanza del 25.3.2014 ha risolto il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto dall'arch. Calatrava.

Ora, se è condivisibile l'orientamento volto ad affermare la giurisdizione contabile, non può invece condividersi – a opinione di chi scrive – il percorso motivazionale svolto dalla Corte, la quale – in un lungo *obiter dictum* – ha ripreso le argomentazioni per le quali in giurisprudenza si inquadra il rapporto tra progettista e stazione appaltante nell'alveo del contratto d'opera professionale e, quindi, nella disciplina civilistica. Sembra preferibile, infatti, recuperare un altro indirizzo giurisprudenziale, il quale attribuisce valenza pubblicistica anche alla fase di progettazione dell'opera.

A ben vedere, per quest'orientamento può ritenersi sussistente il rapporto di servizio nei casi di partecipazione ad attività proprie dell'amministrazione, tra le quali si considera anche la predisposizione di un progetto di un'opera pubblica. Si può osservare che, in tale momento, la scelta amministrativa si sostanzia concretamente, con la conseguenza che ogni scelta ulteriore rimane vincolata o, comunque, fortemente condizionata. Di qui, dunque, la progettazione – quale definizione progressiva dell'opera da realizzare – anche se affidata a soggetti privati, oltre che essere soggettivamente propria del committente pubblico, assolve una funzione oggettivamente pubblica, avente rilievo nella fase della scelta decisionale<sup>7</sup>.

Nonostante si concretizzi nel vincolo del contratto d'opera, si può quindi dire che l'attività di progettazione dei lavori pubblici si presenta come un "momento" dell'attività amministrativa, poiché risponde a prescrizioni poste da norme di diritto pubblico. Si tratta, in altri termini, di una fase normativamente delineata – e ciò anche al fine di controllare la spesa pubblica – che ha come referente normativo principale l'art. 97 Cost., per il quale – com'è noto – i pubblici uffici sono configurati in modo tale che sia assicurato il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. In questa prospettiva, lo svolgimento della

---

<sup>7</sup> Cfr. Corte dei Conti, sez. giur. reg. il Molise, 17 dicembre 1999, n. 194 in <https://servizi.corteconti.it/bds/>.

progettazione può essere inquadrato sotto il duplice profilo (a) ricognitivo-istruttorio e (b) di scelta tecnica e amministrativa, quest'ultima finalizzata a ottimizzare i costi-benefici e a valutare l'impatto dell'opera nel contesto socio-ambientale di riferimento<sup>8</sup>. L'affidamento della progettazione a un professionista esterno rende così il medesimo partecipante all'amministrazione pubblica. Il suo inserimento funzionale, ancorché temporaneo, all'interno dell'apparato amministrativo, implica infatti l'instaurazione di un rapporto di servizio e, di conseguenza, il radicarsi della giurisdizione contabile<sup>9 10</sup>.

Un'altra doglianza rilevata dalla difesa degli imputati è stata la prescrizione del credito erariale. Invero, gran parte del danno erariale contestato dalla Procura regionale è stato dichiarato estinto in séguito all'accertamento dell'intervenuta prescrizione, e ciò in quanto molti dei pagamenti integranti il danno complessivo erano temporalmente collocabili a oltre un quinquennio dal primo atto interruttivo della prescrizione, il quale, come emerge dalla sentenza in commento, è stato individuato nella notificazione dell'invito a dedurre, avvenuta per tutti i convenuti solo nella primavera del 2012 (gran parte dei pagamenti in contestazione avevano invece avuto luogo tra il 2003 ed il 2006)<sup>11</sup>.

Passando quindi a trattare il merito della vicenda in relazione alle poste di danno non coperte dalla prescrizione, occorre rilevare che il Giudice ha poi escluso l'esistenza di errori progettuali da parte dei soggetti coinvolti, valorizzando

---

<sup>8</sup> Cfr. Corte dei Conti, sez. giur. reg. Lombardia, 2 novembre 1999, n. 1243 in <https://servizi.corteconti.it/bds/>.

<sup>9</sup> Cfr. Corte dei Conti, sez. giur. reg. Molise, 31 maggio 2000, n. 45 in <https://servizi.corteconti.it/bds/>.

<sup>10</sup> Poiché il professionista adotta scelte inerenti un'opera realizzata dal comune e con l'impiego di denaro pubblico, viene a trovarsi in rapporto di servizio con l'amministrazione competente (così, Corte dei Conti, sez. giur. reg. Basilicata, 20 ottobre 2000, n. 274 in <https://servizi.corteconti.it/bds/>).

<sup>11</sup> A tal riguardo, dalla sentenza emerge che i Giudici hanno seguito un lungo e articolato percorso argomentativo che, alla luce di un arresto delle Sezioni riunite del 2003, si prefigge lo scopo di demolire la tesi secondo la quale, in materia di lavori pubblici, la prescrizione comincia a decorrere dal momento del collaudo dell'opera (avvenuto, nel caso di specie, nel 2009), posto che solo da tale momento l'amministrazione sarebbe in grado di verificare la correttezza dell'esecuzione dei lavori rispetto agli impegni assunti e agli elaborati progettuali. Viceversa, proprio valorizzando il dato testuale di questa pronuncia, i Giudici pervengono a conclusioni diverse, atteso che – secondo il principio affermato dalle stesse Sezioni riunite e poi ripreso da numerose pronunce di merito – *“l'Amministrazione appaltante non si limita ad intervenire alla fine dei lavori per collaudarli e constatarne a posteriori la rispondenza alle norme e ai criteri tecnici che devono presiedere alla loro esecuzione, ma interviene nel corso dei lavori, spettando a funzionari tecnici dell'amministrazione la vigilanza sui lavori e sull'appaltatore”* (Corte dei Conti, S.R. giur., 15.1.2003, n. 2/2003/QM). Di qui, l'ovvia conclusione che, il momento del collaudo può certamente fissare un dato temporale certo al quale ancorare il decorso della prescrizione, ma ciò solo laddove non siano intervenuti prima atti o fatti idonei a rendere conoscibile il danno all'amministrazione.

piuttosto gli esiti di una consulenza tecnica d'ufficio commissionata dal Tribunale di Venezia nell'ambito di un procedimento per accertamento tecnico preventivo instaurato dal Comune, proprio per appurare l'effettiva sussistenza di tali carenze. Ciò che preme sottolineare, prima di affrontare le motivazioni dedotte in sentenza, è l'osservazione posta dal Collegio giudicante circa l'ambiziosa unicità dell'opera "*prototipale*" ideata dall'architetto. In tal senso, appare sintomatica la definizione del manufatto offerta dal giudice contabile, ovvero una "*struttura sospesa nel vuoto [nel quale] l'ingegneria è rimasta stressata dall'asservimento all'estetica*"<sup>12</sup>. Posta tale premessa, ci si può concentrare sui profili che più interessano e che hanno consentito al giudicante di risolvere la controversia.

Da un primo punto di vista, la Procura regionale ha sostenuto che la progettazione esecutiva risultasse contraddistinta da carenze progettuali tali da non consentire l'immediata realizzabilità dell'opera, in violazione dell'art. 16, co. V, l. n. 109/1994<sup>13</sup>. Queste omissioni progettuali non sarebbero state neppure rilevate nel corso della validazione da parte del responsabile del procedimento, che avrebbe potuto provvedere alla loro integrazione. Pertanto, sono state adottate delle perizie in variante finalizzate a irrigidire la struttura in acciaio del ponte in previsione della costruzione dell'ovovia e non previste dal progetto esecutivo, posto che l'inizio dei lavori sarebbe avvenuto in assenza di atti propedeutici quali l'indagine archeologica, la valutazione di accessibilità ai portatori di handicap, il rilievo dei problemi statici del manufatto in acciaio. In definitiva, è stata desunta la responsabilità per colpa grave dell'amministrazione, la quale non avrebbe neppure proceduto alla risoluzione del contratto e all'indizione di una nuova gara, posto il superamento del quinto d'obbligo previsto dall'art. 25, co. IV, l. n. 109/1994. Sicché, i fatti esposti sono stati ascritti ai comportamenti gravemente colposi del R.U.P., della direzione dei lavori e del consulente generale alla direzione dei lavori.

---

<sup>12</sup> Cfr. pag. 337 della sentenza in commento.

<sup>13</sup> Legge applicabile *ratione temporis*.

Il Collegio ha prosciolto i convenuti per l'insussistenza del pregiudizio addebitato poiché *“le risultanze istruttorie pongono in evidenza che le lavorazioni aggiuntive, correlate alle varianti in questione, sono riconducibili a circostanze non prevedibili e a finalità migliorative, quindi non ad errori e carenze progettuali”*<sup>14</sup>.

Da un altro punto di vista, invece, è stata addebitata dalla Procura regionale la mancata applicazione dei ribassi d'asta ai nuovi prezzi per le lavorazioni aggiuntive. Sul punto, la linea argomentativa adottata dalla Corte è condivisibile e, pertanto, sembra più utile soffermarsi sull'ultimo profilo di merito che, al contrario, presenta diversi profili critici.

L'ultima questione affrontata dalla sentenza in commento ha ad oggetto poste di danno per le attività di monitoraggio *“post operam”* e per l'attività di manutenzione. Anzitutto, nel Piano di manutenzione dell'opera predisposto dal progettista a norma dell'art. 40, d.P.R. n. 554/1999, era stata prevista la sostituzione dei gradini in vetro ogni venti anni. Tale tempistica è stata tuttavia contraddetta dalle spese sostenute per la sostituzione di otto gradini dopo soli quattro anni di operatività del ponte e, mentre i tecnici comunali hanno attribuito la spesa a un uso non corretto della struttura, il perito della Procura regionale ha associato la precoce necessità di sostituzione dei medesimi alla mancata stabilizzazione della struttura stessa, poiché sarebbe stata necessaria una progettazione estremamente accurata per rendere indipendente la posizione dei componenti di vetro rispetto alla struttura portante in acciaio con il rischio di trovarsi *“in presenza di un cantiere permanente con costi di manutenzione e di riparazione continui e incontrollabili (imprevedibile)”*<sup>15</sup>.

In secondo luogo, la Procura regionale ha rilevato che *“nel caso di specie, tutti gli interventi relativi al monitoraggio del Ponte non possono in alcun modo configurarsi come ordinari interventi di manutenzione, ma come interventi straordinari resi necessari dai preoccupanti spostamenti delle fondazioni e, quindi, la conseguente spesa costituisce*

---

<sup>14</sup> Cfr. p. 332 della sentenza.

<sup>15</sup> Cfr. pag. 376 della sentenza, la quale – a sua volta – richiama pag. 81 dell'atto introduttivo e pag. 45 della seconda consulenza del Perito della Procura.

*danno erariale*<sup>16</sup>. Il Collegio giudicante non ha tuttavia condiviso le conclusioni del Requirente, e ciò in ragione degli esiti della relazione del Collegio dei periti redatta nell'ambito del procedimento per l'accertamento tecnico preventivo. Nello specifico, è stata esclusa la sussistenza dell'errore progettuale e la precoce usura delle parti del ponte ricondotta a un cattivo utilizzo del medesimo, costituito – ad esempio – dal trascinamento di carretti. Sicché, il Giudice contabile ha giustificato gli interventi correttivi alla luce della complessità e della singolarità dell'opera, ritenuta prototipale. Anche per i monitoraggi, le conclusioni del Collegio non sono dissimili. In particolare, considerata – di nuovo – la singolarità dell'opera, era inevitabile che la medesima si prestasse a forti oscillazioni e spinte sulle spalle, rilievo che era stato – a opinione della Corte – adeguatamente considerato sia in sede di progettazione che di esecuzione. Pertanto, pur avendo osservato il Collegio dei periti *“un comportamento del tutto anomalo del Ponte”*<sup>17</sup>, questo poteva essere arginato con un onere di manutenzione straordinaria, sostanziato nel piano di monitoraggio predisposto dal Collaudatore statico in ossequio al criterio della massima prudenza, poiché residuavano incertezze sul comportamento in esercizio della stessa in esito alla prova di caratterizzazione dinamica. In tal modo, tenendo in massima considerazione il fatto che si tratta di un'opera all'attenzione dell'opinione pubblica mondiale (sia per la singolarità che per il contesto urbanistico in cui veniva a insistere), per i piani di monitoraggio l'elemento economico diventava sostanzialmente recessivo rispetto ad un'efficace azione amministrativa.

Quanto statuito, tuttavia, non può andare esente da critiche. In particolare, il Collegio giudicante, premessa un'*excusatio non petita* circa il principio del libero convincimento del giudice e della libera valutazione delle fonti di prova, adotta la decisione giustificando le carenze progettuali ed esecutive in ragione dell'eccezionalità dell'opera.

---

<sup>16</sup> Cfr. pag. 377 della sentenza che richiama pag. 85 dell'atto di citazione.

<sup>17</sup> Cfr. pag. 387 della sentenza che cita pag. 30 della Perizia collegiale.



Tuttavia, è intrinsecamente illogico ritenere scusabili delle carenze (oggettive)<sup>18</sup> poiché inerenti ad una costruzione ambiziosa e di difficile realizzazione per il contesto urbanistico in cui doveva inserirsi. Invero, non mancano in giurisprudenza pronunce che hanno condannato i responsabili non soltanto per aver provocato un danno economico-finanziario a un comune, in conseguenza di un comportamento in contrasto palese con le chiare disposizioni di legge, di contratto nonché di capitolato (generale e speciale), ma altresì in conseguenza di un comportamento connotato da superficialità e leggerezza circa il *modus procedendi*<sup>19</sup>. La stessa AVCP<sup>20</sup>, nella deliberazione n. 310 del 12.12.2007 ha denunciato “*colpevoli omissioni del progetto esecutivo*” soprattutto con riferimento alla fase di indagine preliminare, sfociate poi nelle maggiori lavorazioni delle perizie in variante volte a sopperire a carenze progettuali sul piano statico-strutturale.

Dal suo canto, il Collegio dei periti ha attribuito – diversamente – le lavorazioni aggiuntive a eventi imprevisi e imprevedibili. Va da sé che le anomalie riscontrate in un’opera pubblica, le quali alterino in materia significativa il quadro economico previsto dall’amministrazione, integrano l’ipotesi di responsabilità del soggetto a un tempo progettista e direttore dei lavori, il quale abbia autorizzato successivamente lavori non previsti nel progetto<sup>21</sup>. Non mancano pronunce nelle quali viene, peraltro, riscontrata la *culpa lata* del progettista e direttore dei lavori, che abbia attestato la fattibilità dell’opera e l’affidabilità statica del manufatto, omettendo di effettuare approfondite indagini geognostiche opportune, in modo tale da lasciare all’oscuro gli amministratori pubblici circa le difficoltà insite nel progetto e la conseguente insufficienza del finanziamento previsto<sup>22</sup>. Ciò è esattamente quello che si è verificato, come si è visto, con gli oneri di manutenzione straordinaria. Invero, sebbene sia stata prospettata dall’architetto progettista una “*remota*” possibilità di spostamento del

---

<sup>18</sup> Il dato è confortato sia dalla Corte di Cassazione adita per il ricorso preventivo di giurisdizione sia dalle richiamate relazioni dell’AVCP.

<sup>19</sup> Cfr. Corte dei Conti, sez. giur. reg. Trentino Alto Adige, 12 aprile 2006, n. 28.

<sup>20</sup> Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, ora Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC.

<sup>21</sup> Così Corte Conti, sez. giur. reg. Puglia, 26 luglio 1993, n. 49 in <https://servizi.corteconti.it/bds/>.

<sup>22</sup> Corte dei Conti, sez. giur. reg. Marche, 7 novembre 2006, n. 803 in <https://servizi.corteconti.it/bds/>.

Ponte, l'andamento riscontrato in sede di collaudo è stato definito "del tutto anomalo", con la conseguente soggezione dell'Amministrazione a un onere manutentivo non quantificato e che sarebbe stato escluso, come affermato anche dal Collegio, da una progettazione esecutiva dotata di elaborati tecnici dettagliati.

Nei casi in cui la struttura sia caratterizzata da scostamenti rilevanti dalle previsioni progettuali, è opinione del Giudice contabile ritenere sussistente la responsabilità del progettista-direttore dei lavori<sup>23</sup>. A nulla vale giustificare l'operato del professionista in relazione all'unicità dell'opera. Invero, è orientamento costante della giurisprudenza contabile – ma, per vero, anche civile – ritenere che l'opera professionale sia l'esecuzione di un'obbligazione di mezzi e non di risultato; ma il professionista chiamato a svolgere la propria attività in situazioni involgenti l'impiego di particolari competenze tecniche, deve utilizzare le proprie risorse intellettive e operative relativamente al livello di difficoltà dell'opera in corso di realizzazione. Per questo, la sua prestazione deve essere valutata non con riferimento al normale concetto di diligenza, ma alla stregua della *diligentia quam in concreto*<sup>24</sup>. E' pur vero che la direzione dei lavori, negli appalti pubblici, è preposta alla verifica, attraverso l'uso di autonomi poteri valutativi, della fattibilità e della conformità del progetto da realizzare alle regole della buona tecnica, nonché della completezza degli elaborati progettuali, proponendo, se del caso, alla stazione appaltante i rimedi necessari con la conseguenza che, laddove non fossero state adottate le variazioni in questione e le attività di manutenzione straordinaria, sarebbero potuti scaturire danni potenzialmente maggiori<sup>25</sup>. Ciò, tuttavia, non sembra escludere che nel caso di specie si sia in presenza di carenze progettuali, non riconducibili *sic et simpliciter* ora all'eccezionalità dell'opera ora al sorgere di eventi imprevedibili.

Avv. Giusy Chiara Ianò

---

<sup>23</sup> Tra le altre, Corte dei Conti, sez. giur. reg. Sicilia, 29 luglio 2008, n. 2122 in <https://servizi.corteconti.it/bds/>.

<sup>24</sup> Sul punto Corte dei Conti, sez. giur. reg. Veneto, 13 febbraio 2009, n. 121 in <https://servizi.corteconti.it/bds/>. Per la giurisprudenza civile si veda Corte di Cass., sez. III civ., 11 dicembre 2012, n. 22643 in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>25</sup> Corte dei Conti, sez. giur. reg. Liguria, 20 gennaio 2000, n. 15; sul punto si veda anche PAGLIARIN C., *La responsabilità del direttore dei lavori per la mancata segnalazione delle carenze progettuali (nota a Corte dei Conti, sez. giur. reg. Puglia, 3 maggio 2001, n. 361/EL)*, in *Contratti dello Stato*, 2001, p. 641.

## Farmacie “aggiuntive”.

### Commento alla sentenza del Consiglio di Stato n. 4535 del 28.09.2015

La sentenza n. 4535 adottata, in data 24.09.2015, dalla Sezione III del Consiglio di Stato a definizione del giudizio avente R.G. n. 10611/2014, ha ad oggetto l’annosa problematica attinente alle sedi farmaceutiche e, precisamente, all’istituzione delle cosiddette “farmacie aggiuntive” di cui all’art. 1 *bis* della Legge n. 475/1968.

Com’è noto, le farmacie sono puntualmente disciplinate dalla Legge n. 475/1968 intitolata “Norme concernenti il sistema farmaceutico” che statuisce non solo i limiti ed i requisiti per l’apertura di una farmacia, gli oneri dei Comuni ma anche le modalità di conferimento delle sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione, la nomina della commissione giudicatrice, gli oneri ricadenti sul titolare della farmacia ed infine le ipotesi di decadenza dalla titolarità dell’autorizzazione.

La sentenza in commento ha ad oggetto l’impugnazione del provvedimento della Regione Veneto (delibera di Giunta Regionale n. 2006 del 04.11.2013) con il quale veniva consentita l’istituzione – ai sensi dell’art. 1 *bis* della L. n. 475/1968 – di una nuova farmacia all’interno di un centro commerciale sito in Mestre.

L’art. 1 *bis* del suddetto testo legislativo, introdotto dall’art. 11, comma 1, lettera b) del D.L. n. 1/2012, ha determinato una modificazione sostanziale della previgente normativa prevedendo la costituzione delle c.d. “farmacie aggiuntive”.

Nello specifico, il disposto normativo *ante* modifica risultava del tutto asettico in quanto non consentiva l’istituzioni di farmacie se non nei limiti di cui all’art. 1 della Legge n. 475/1968.

A seguito delle modifiche intervenute nel 2012 alla Legge n. 475/1968, non solo è stato abbassato il coefficiente – da 5.000 a 3.300 – del criterio demografico, per la determinazione del numero delle farmacie spettanti a ciascun Comune, ma è stata sostanzialmente semplificata la procedura di revisione periodica del numero delle farmacie spettanti ai singoli Comuni la quale viene rimessa alla discrezionalità dell’amministrazione comunale.

L’introduzione invece del disposto normativo di cui all’art. 1 *bis* della suddetta legge ha determinato una grande innovazione in quanto ha consentito la sostanziale crescita, sul nostro territorio, di farmacie svincolate dal rispetto dei requisiti classici consentendo l’istituzione di nuove imprese farmaceutiche nelle

aree di servizio delle autostrade ovvero in centri commerciali e/o aeroporti, stazioni ferroviarie, *etc.* la cui clientela è – potremmo dire mobile – di passaggio, non identificabile *a priori* nei cittadini di quel determinato Comune, e per tale motivo non assoggettabile ai classici criteri legali di determinazione.

Premesso quanto sopra, appare *prima facie* rilevante l'innovazione introdotta con la modifica di cui al Decreto Legge n. 1/2012 a mente della quale è consentita l'istituzione di una “farmacia aggiuntiva” a fronte della presunzione su una potenziale elevata affluenza di clienti.

Appare dunque chiara la distinzione dell'art. 1-bis della Legge n. 475/1968 rispetto all'art. 104 della Legge n. 362/1991 (c.d. Testo Unico delle Leggi Sanitarie) a mente del quale eventuali deroghe al principio demografico ed ai limiti di cui all'art. 1 della Legge n. 475/1968 sono consentite esclusivamente qualora sussistano delle “particolari esigenze” da parte dei cittadini in merito all'assistenza farmaceutica determinate da peculiari esigenze topografiche e/o di viabilità; *alias* le tipiche casistiche determinate dalla necessità di collocare delle farmacie in piccoli paesini ovvero in posti difficilmente raggiungibili al fine di fronteggiare particolare esigenze della collettività.

Appare dunque chiaro che l'ipotesi normativa di cui all'art. 104 del T.U. delle Leggi Sanitarie nonché la previgente disciplina della Legge n. 475/1968 sono totalmente diverse da quella introdotta giusta riforma del 2012.

Non v'è chi non veda, la portata dirompente ed essenzialmente innovativa che ha segnato e segna la previsione di cui all'art. 1-bis che permette di istituire delle farmacie aggiuntive – ovvero suppletive all'organico predeterminato a livello comunale purché in via potenziale le stesse abbiano un afflusso di clienti particolarmente elevato nonché venga rispettato il limite del 5% delle sedi presenti a livello regionale – nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili a traffico internazionale, nelle stazioni marittime e nelle aree di servizio autostradali, dotate di servizi di ristorazione o alberghieri, ad alta intensità di traffico purché non ve ne siano altre ad una distanza inferiore a 400 metri ovvero nei centri commerciali e nelle grandi strutture con superficie di vendita pari a circa 10.000 mq purché non vi siano altre farmacie ad una distanza inferiore a 1.500 metri.

In definitiva, come hanno pure ben sintetizzato i giudici di Palazzo Spada “*visti il contesto e la ratio della riforma è chiaro che il favore del Legislatore è verso la massima espansione degli esercizi farmaceutici e quindi non si può ritenere necessaria alcuna specifica motivazione del Comune per giustificare tale scelta*” (cfr., C.d.S., sez. III, 19.9.2013, n. 4667; cfr. anche sul punto T.A.R. Basilicata, sez. I, 14.1.2014, n. 47, T.A.R. Trento, sez. A, 24.6.2014, n. 254).

L'art. 11, comma 10, del Decreto Legge n. 1/2012 ha altresì previsto un *favor* nei confronti dei Comuni i quali possono esercitare il diritto di prelazione sulla titolarità delle farmacie istituite dalla Regione *ex art. 1 bis* della Legge n. 475/1968.

Al contempo, appare doveroso rappresentare che un'eventuale proposta comunale in un *instaurando* procedimento di individuazione di sedi farmaceutiche "aggiuntive" *ex art. 1 bis* L. n. 475/1968, del quale è competente la Regione, sarebbe a tutti gli effetti *contra legem* in quanto determinerebbe la nascita nei confronti del Comune proponente di una situazione di conflitto di interessi, nel senso che la futura ed eventuale qualità di gestore potrebbe ingenerare il dubbio che il Comune sia portato ad individuare la sede farmaceutica sulla base del criterio della maggior facilità di ottenere ricavi commerciali e non, invece, sulla base del criterio, voluto dalla legge, di assicurare il migliore servizio farmaceutico al cittadino.

E ancora sul punto, non v'è chi non veda come nel caso ipotizzato al precedente periodo si determinerebbe la chiara violazione dell'interesse legittimo dei Comuni alla *par condicio* partecipatoria al concorso per l'eventuale assegnazione della nuova sede farmaceutica; infatti, nel caso su ipotizzato, stante il diritto di prelazione su tali sedi esistente in capo al Comune, l'eventuale assegnazione a detto Ente comunale avverrebbe per finalità diverse da quella, voluta dalla legge, di assicurare il miglior servizio farmaceutico al cittadino, frustrando illegittimamente non solo l'interesse dei terzi alla assegnazione della sede farmaceutica a mezzo concorso ma anche l'interesse dei potenziali clienti della farmacia (sul punto si veda T.A.R. Veneto, Ordinanza 18 dicembre 2013, n. 634).

Premesso l'inquadramento normativo in parola, appare doveroso analizzare il caso di specie, a seguito del quale i giudici di Palazzo Spada si sono espressi adottando la sentenza n. 4535/2015.

Il fatto di causa trae le sue origini storiche dall'istituzione, da parte della Regione Veneto, di una farmacia "aggiuntiva" all'interno del Centro Commerciale "Au." di Mestre, ai sensi dell'art. 1-*bis* della Legge n. 475/1968 giusta delibera di Giunta Regionale n. 2006 del 4.11.2013, pubblicata il 26.11.2013.

A seguito della suddetta istituzione, il Comune di Venezia esercitava il proprio diritto di prelazione ai sensi dell'art. 11 del D.L. n. 1/2012 e, per l'effetto, la farmacia veniva affidata in gestione alla Azienda Multiservizi Economici e Sociali di Venezia.

Successivamente, alcuni farmacisti titolari esercenti in Comune di Venezia e da altri soggetti asseritamente lesi nei propri interessi dall'istituzione della nuova farmacia proponevano due distinti ricorsi al T.A.R. Veneto con i quali impugnavano sia il provvedimento regionale di istituzione della farmacia e sia

la delibera con la quale individuavano le modalità per l'istituzione delle farmacie aggiuntive ed la relativa delibera contenente il parere favorevole dell'Azienda Sanitaria Locale.

I ricorsi ebbero esito positivo dinanzi al giudice di *prime cure* il quale, con due sentenze favorevoli, accolse l'impugnativa per quanto dedotto dai ricorrenti nella lamentata violazione del disposto normativo a causa del difetto di motivazione del parere favorevole espresso dall'Azienda Sanitaria Locale per l'istituzione della nuova farmacia e, contemporaneamente, il giudice dichiarava gli altri motivi dedotti dalle parti assorbiti.

Ciascuna delle sentenze è stata oggetto di numero quattro gravami in appello, tutti definiti con la sentenza in commento, nella quale il Consiglio di Stato ha parzialmente riformato la sentenza appellate confermandone, per quanto di ragione e con diversa motivazione, il dispositivo.

La controversia *de qua* si fonda su un quesito peculiare presentato dinanzi al Consiglio di Stato il quale concerne la necessità, o meno, di una preventiva pianificazione al livello regionale della *costituenda* farmacia ovvero di un impianto motivazionale, presente nella determinazione di costituzione della farmacia, tale da giustificare l'esigenza dei cittadini che ha contribuito alla costituzione di una farmacia aggiuntiva.

Si interroga, pertanto, il Consiglio di Stato circa la sufficienza che l'esclusivo rispetto dei requisiti stabiliti testualmente dall'art. 1-*bis* della legge in parola sia tale da legittimare l'istituzione di una farmacia "aggiuntiva" senza la previa pianificazione della medesima.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 4535 del 28.09.2015 ha chiarito in modo lampante i dubbi nascenti dall'interpretazione della disciplina vigente in merito alla costituzione delle farmacie "aggiuntive" nonché alle modalità ed ai requisiti da rispettare chiarendo una volta per tutta che, a mente dei requisiti di cui all'art. 1-*bis* della Legge n. 475/1968, per l'apertura di una farmacia non è necessaria una preventiva pianificazione delle medesime a livello regionale ma basta che in astratto sia configurabile un'affluenza di potenziali clienti tale da giustificare l'apertura della medesima.

A mente di ciò, i Giudici Ermellini hanno statuito che al fine dell'istituzione di una farmacia *de qua* non è condivisibile la tesi adottata in primo grado dal T.A.R. nella parte delle sentenze appellate in cui viene supposta sia la necessità di una motivazione specifica in merito all'istituzione della nuova farmacia in quella determinata ubicazione sia che il soggetto tenuto a formulare tale motivazione (e quindi ad effettuare le sottostanti valutazioni discrezionali) sia l'Azienda Sanitaria Locale.

*Nulla questio* in merito al disposto normativo in commento che mai, in modo così lineare, ha rappresentato che la potestà provvedimentale sia esclusivamente attribuita alla Regione “*sentita l’azienda sanitaria locale competente per territorio*” determinando di talché l’obbligatorietà del parere della Azienda Sanitaria Locale, ma non la vincolatività dello stesso, il quale, a determinate condizioni, può essere disatteso.

Nel caso *de quo* la Regione non solo aveva chiesto il parere alla A.S.L. competente ma, la stessa Azienda, si era espressa positivamente in merito.

Successivamente, il Consiglio di Stato, nella parte in diritto della sentenza *de qua*, esaminava la questione attinente alla sussistenza in concreto delle condizioni tassative di cui al decreto legge n. 1/2012.

La problematica posta all’attenzione dei giudici di secondo grado ateneva alla sussistenza delle distanze prescritte dalla legge, pari a 1.500 metri, tra una farmacia e l’altra nel percorso pedonale più breve.

Conclusivamente, i sommi giudici concludevano statuendo l’assenza, nel caso di specie, dei presupposti per l’istituzione di una farmacia aggiuntiva presso il centro commerciale “Au.” di Mestre, in quanto vi era una farmacia già in esercizio a distanza minore di 1.500 dal centro commerciale stesso.

Pertanto, seppure i Giudici Ermellini con un ragionamento del tutto innovativo hanno rovesciato le sorti sfavorevoli di cui alle sentenze di primo grado, in quanto data la natura non vincolante del parere dell’Azienda Sanitaria Locale il difetto di motivazione lamentato non era tale da determinare l’annullamento *ex nunc* della delibera istitutiva della farmacia aggiuntiva, al contempo la delibera *de qua* veniva ugualmente annullata in quanto la Regione Veneto, nell’adottare la medesima, non provvedeva a rispettare le distanze prescritte dall’art. 1 *bis* della L. n. 475/1968 per la costituzione di una farmacia “aggiuntiva”.

In conclusione, al fine di provvedere correttamente all’istituzione di una farmacia “aggiuntiva”, ai sensi e per gli effetti dell’art. 1 *bis* della Legge n. 475/1968, la Regione dovrà rispettarne ed esclusivamente i criteri di cui al predetto disposto normativo e appurare la potenziale affluenza di clienti all’interno della *istituenda* farmacia previo parere dell’Azienda Sanitaria Locale il quale, come detto, non è vincolante e può essere anche disatteso dalla Regione a mente di esigenze peculiari della collettività ovvero di un superiore interesse pubblico tale da determinare e giustificare il superamento del parere.

Avv. Martina Grimaldi





## “La tutela dei micro-paesaggi: risvolti economici ed etici”

TAR Veneto, sez. II, sent. 10 Novembre 2015, n. 1175

*A fronte degli elementi fattuali e tecnici esaminati nella relazione della Soprintendenza – in base ai quali l'estensione del vincolo indiretto sull'area di proprietà dei ricorrenti risulta una misura necessaria ed inevitabile –, considerato inoltre, che l'esercizio del potere di discrezionalità tecnica, quanto a impianto motivazionale, ragionevolezza e logicità risulta correttamente esercitato, nel contemperamento delle contrapposte esigenze di tutela del valore storico-artistico e della libertà di proprietà, svolta anche in contraddittorio con i privati e l'ente locale, deve ritenersi legittimo il provvedimento di estensione del vincolo indiretto alle aree facenti parte delle pertinenze agricole di Villa Cornaro, opera del Palladio, inserita nella lista del patrimonio dell'umanità dell'UNESCO.*

---

### **Premesse**

*La prossimità ad un bene di dichiarato interesse culturale costituisce un valore o un disvalore? La risposta, diretta ed immediata, appare scontata: un valore. Tuttavia, a fronte di questo approccio spontaneo, l'approfondimento delle tematiche sottese alla questione rivela, senz'altro, esiti ben più articolati.*

*Nello specifico, il privato, proprietario di porzioni immobiliari nei pressi di un bene oggetto di tutela storico-culturale, è titolare di un diritto di proprietà realmente non dissimile, quanto ad ampiezza e qualità, rispetto a quello degli altri consociati?*

*La riflessione è sorta dalla lettura della sentenza in commento che, pur non distinguendosi per innovatività (i principi affermati dalla stessa appartengono ormai alla consolidata coscienza giurisprudenziale e dottrinale), consente di fare il punto in tema di composizione degli interessi nel procedimento di tutela del patrimonio culturale.*

*In un contesto socio-culturale in cui l'economia (e comunque l'interesse economico) sembra ormai avere la meglio sull'estensione dei singoli diritti soggettivi, la sentenza in commento sembrava, prima facie, porsi controcorrente, dando prevalenza al momento giuridico in materia di tutela della “cornice” e del “contesto” del monumento.*

*Tuttavia, come per la domanda retorica che apre questo scritto, anche in questo caso, approfondendo la questione, la schiettezza del primo approccio deve cedere il passo a considerazioni ben più articolate.*

*La conferma da parte del TAR Venezia della scelta dello strumento giuridico del vincolo indiretto, infatti, non è insensibile ai valori economici. Garantisce, anzi, trattandosi di meccanismo a “costo zero”, l’assenza di un qualsivoglia impatto economico a carico della pubblica amministrazione: il pati o l’obbligo di fare/non fare del proprietario dell’immobile tutelato indirettamente, infatti, non trova alcuna compensazione.*

*Dunque: valore o disvalore?*

\* \* \*

**La vicenda** - I ricorrenti, proprietari di alcuni mappali situati nei pressi della Villa Cornaro, sita in Comune di Piombino Dese, opera dell’architetto Andrea Palladio, inserita nella lista del Patrimonio dell’Umanità dell’UNESCO e riconosciuta d’interesse culturale particolarmente importante (si vedano i provvedimenti del 1914, 1981 e 2011), impugnavano il decreto del direttore generale per i beni culturali e paesaggistici del Veneto del 16 luglio 2013, con cui si impediva, in assenza di fatti o elementi nuovi (a dire dei ricorrenti) e senza la previsione di alcun indennizzo, di sfruttare le potenzialità edificatorie riconosciute alle aree di loro proprietà dalla vigente strumentazione urbanistica generale (modificata nel 2001, con variante generale al piano regolatore) ed attuativa.

I ricorrenti lamentavano un eccesso di potere per travisamento del fatto, sviamento e carenza di motivazione nell’atto di estensione del vincolo indiretto sulle aree (parzialmente edificate) involgenti la loro proprietà e richiedevano, pertanto, il risarcimento di due distinte voci di danno: del danno morale da “*oltraggio civico*”, ovvero da lesione del diritto del cittadino al rispetto, da parte della pubblica amministrazione, del dovere di

correttezza nell'esercizio della pubblica funzione; nonché del danno materiale da paralisi dell'edificabilità già convenzionata col Comune.

**La decisione** - Il giudice veneto – individuando la variante generale al piano regolatore del 2001 (che avrebbe comportato una modifica del contesto ambientale della Villa) come fatto nuovo, tale da giustificare l'estensione del vincolo indiretto, (che trova il suo precedente nel vincolo del 1981 e non, come invece avrebbero inteso i ricorrenti, nel vincolo del 2011, qualificato come vincolo diretto ai sensi dell'art. 10, comma 3 e 13 D.lgs. n. 42/2004) e ritenendo coerente e puntuale l'impianto istruttorio e motivazionale del provvedimento – ha giudicato legittima, in quanto ragionevole, logica, necessaria ed inevitabile, la misura provvedimento adottata dalla Soprintendenza, respingendo di conseguenza la domanda di risarcimento dei danni proposta dai ricorrenti.

\* \* \*

Il TAR Veneto, pur riconoscendo la natura “*debole*” del proprio sindacato, opera una sistematica analisi dei vari elementi normativi, fattuali e tecnici coinvolti, in una prospettiva di analisi che prende in considerazione anche i vari interessi in gioco, sia di natura pubblica che di natura privata, ponendoli in rapporto tra loro.

Discostandosi dalla tradizionale affermazione, secondo la quale gli interessi culturali sono senz'altro prevalenti su qualunque interesse pubblico e privato<sup>1</sup>, la sentenza in commento consente di fare il punto in ordine alle principali problematiche (talune ancora aperte) connesse alla gestione del vincolo ambientale ed, in particolare, del c.d. vincolo indiretto o di completamento per la tutela dei beni culturali.

\* \* \*

**Vincolo ambientale indiretto o di completamento per la tutela dei beni culturali: *nozione*** - La decisione del giudice veneto, prima di addentrarsi

---

<sup>1</sup> Così ancora Cons. St., sez. VI, sent. n. 4658/2000; Cons. St., sez. IV, sent. n. 1734/1998; nonché Cons. St., sez. VI, sent. n. 482/1996.

nell'esame del contenuto del provvedimento impugnato, specifica le coordinate normative relative all'apposizione del vincolo indiretto.

I c.d. vincoli indiretti o di completamento per la tutela dei beni culturali – appartenenti alla generale categoria dei vincoli ambientali, quali vincoli conservativo-morfologici<sup>2</sup> e finali<sup>3</sup> – sono disciplinati dagli artt. 45 e ss. del D.Lgs. n. 42/2004.

Si tratta di vincoli che mirano a completare la tutela dei beni culturali immobili, garantendo loro una protezione indiretta, mediante limitazioni costituite non sugli stessi immobili oggetto di tutela, bensì sulle aree e sugli immobili prossimi a questi. Tali limitazioni sono rivolte ad impedire non soltanto che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali, ma anche che ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro<sup>4</sup>.

La recente cultura architettonica, storica e giuridica ha, da tempo ed a vario titolo, posto l'accento sulla “*cornice del monumento*”, su lo “*spazio del monumento*”, su “*l'ambiente del monumento*”, con espressioni che stanno ad evidenziare la sempre più avvertita esigenza di una tutela a più ampio raggio, idonea ad inserire il bene culturale in un adeguato contesto di salvaguardia territoriale delle zone circostanti e limitrofe che, in qualche misura ne costituiscono una pertinenza ambientale<sup>5</sup>. Si può efficacemente affermare, dunque, che detti vincoli sono finalizzati a proteggere “*micro-paesaggi*”<sup>6</sup> costituiti dai beni culturali immobili e dalle aree site in loro prossimità.

---

<sup>2</sup> Si tratta, infatti, di vincoli rivolti alla protezione della conformazione fisico-morfologica di beni, luoghi, realtà e situazioni materiali bisognose di tutela per il loro particolare valore ecologico, geologico o biologico, estetico ed in alcuni casi anche antropologico e storico-culturale.

<sup>3</sup> Si definiscono “finali”, in quanto distinti da quelli “*strumentali*” urbanistici localizzativi e preordinati all'esproprio.

<sup>4</sup> A. CROSETTI, *La tutela ambientale dei beni culturali*, Padova, Cedam, 2001.

<sup>5</sup> Per una più completa disamina delle origini e degli sviluppi della tutela indiretta v. A. CROSETTI, *La composizione degli interessi del vincolo indiretto: problemi di proporzionalità*, in *Riv. Giur. Urb.*, n. 1-2/2008, Maggioli Editore.

<sup>6</sup> La definizione appartiene a M. RENNA che, in occasione del primo colloquio di diritto dell'ambiente organizzato dall'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico (AIDU) presso l'Università degli Studi di Teramo il 29-30 aprile 2005 dedicato al tema “*L'ambiente e l'attività amministrativa*”, ha presentato la relazione “*Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*”.

**Natura giuridica e fonte costituiva del vincolo** - Il contenuto dei vincoli indiretti è dato dalle prescrizioni imposte dall'Amministrazione che attengono all'uso dei beni che ne sono assoggettati: si tratta di limitazioni, tanto relative quanto assolute, imposte tramite provvedimenti amministrativi in grado di determinare una compressione o una riduzione delle facoltà di godimento del bene.

Per tali ragioni, l'istituto del vincolo indiretto è stato tradizionalmente collocato nell'ampio quadro della categoria generale dei limiti amministrativi al diritto di proprietà, avente causa nella prossimità e nella funzione strumentale e servente per il perseguimento di una piena tutela del bene principale<sup>7</sup>. Tale qualificazione della natura giuridica del vincolo indiretto trae fondamento dallo stesso concetto di "limitazione", indicativo di un effetto di compressione che, per una finalità in questo caso pubblicistica<sup>8</sup>, è destinato a ricadere sull'esercizio di un diritto soggettivo senza alterarne la fisionomia e la struttura fondamentale né la titolarità<sup>9</sup>.

Il limite opererebbe come strumento di definizione in termini negativi del contenuto del diritto: la negatività del limite sarebbe data dal fatto che con esso verrebbero ad essere sottratte al diritto di proprietà determinate forme di utilizzazione della cosa, facoltà di godimento il cui esercizio da parte del

---

<sup>7</sup> Cfr. TAR Emilia Romagna, sent. n. 153/1993, secondo cui: *"la necessità di conservare l'ambiente circostante nella situazione in cui si presenta o comunque di assicurare allo stesso determinate caratteristiche che siano compatibili con il bene immobile di interesse storico, artistico ed architettonico non viene in rilievo, nel vincolo indiretto, quale autonomo valore paesaggistico, bensì per l'imprescindibile correlazione che lega il bene all'ambiente [...]; in particolare, per tutela della prospettiva non si intende solamente l'esigenza di assicurare una libera visibilità del bene immobile, ma anche quella di salvaguardare l'aspetto esteriore del bene così come inserito nell'ambiente, insieme con altre eventuali opere che, pur potendo non presentare in sé particolari pregi artistici, vengono indirettamente a valorizzarsi con il bene principale e, a loro volta, a meglio valorizzare quest'ultimo"*.

<sup>8</sup> G. VIGNOCCHI, Limitazioni amministrative, in Enc. Dir., Milano, 1974, vol. XXIV, pag. 721, ha osservato che: *"Le limitazioni in genere, e particolarmente quelle in funzione di esigenze pubbliche-amministrative, si presentano come qualche cosa di intimamente connaturato con l'esistenza dei diritti; e non perché siano elementi costitutivi dei diritti stessi e ne rappresentino una caratteristica strutturale, ma piuttosto in quanto accompagnano costantemente la presenza e lo sviluppo loro in un determinato ambiente sociale, rendendo con ciò possibile la coesistenza con i diritti e i poteri di tutti gli altri associati, in un armonico temperamento delle varie posizioni soggettive"*.

<sup>9</sup> Per le distinzioni tra il fenomeno limitativo e le ipotesi espropriative, si veda G. LANDI, *L'indennizzabilità dei vincoli di interesse pubblico della proprietà privata*, in *Foro Amm.*, 1970, III, pag. 475 ss.

proprietario, pur arrecando a questi maggiori vantaggi, non risulterebbe invece compatibile con l'interesse generale.

Strettamente correlato al problema della natura giuridica del vincolo è il profilo della fonte costitutiva del limite.

Il provvedimento di imposizione del vincolo indiretto è stato descritto come un atto amministrativo la cui emanazione è necessaria ai fini della concretizzazione delle astratte disposizioni normative e la cui natura si risolve in un accertamento guidato da giudizi di discrezionalità meramente tecnica ed avente ad oggetto condizioni al cui avverarsi è legislativamente subordinata l'apposizione delle limitazioni.

In tale senso, la connessa attività amministrativa sarebbe meramente ricognitiva di una situazione preesistente, legislativamente contemplata in termini astratti, mentre gli effetti limitativi sarebbero da ricondurre direttamente alla legge-fonte.

A conforto di tale interpretazione sono stati invocati il tipo e livello di discrezionalità di cui l'amministrazione è autorizzata ad avvalersi nella imposizione del limite.

**Natura del potere di limitazione: da discrezionalità tecnica a discrezionalità tecnico-amministrativa** - Il TAR Veneto, non discostandosi dagli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali maggioritari, riconosce, come presupposto del potere di merito (ampiamente discrezionale e di esclusiva competenza dell'Amministrazione) nell'imposizione del vincolo, un giudizio di discrezionalità tecnica non sindacabile in sede di giudizio di legittimità, se non per vizi di eccesso di potere per errore nei presupposti o per manifesta illogicità.

L'operazione di accertamento dell'interesse culturale di un bene privato viene generalmente riconosciuta<sup>10</sup> come apprezzamento della rispondenza del

---

<sup>10</sup> A partire dalla celebre sentenza della Corte Costituzionale del 29 maggio 1968, n. 56, figlia della nota sentenza 20 gennaio 1966, n. 6 e gemella dell'altrettanto celebre sentenza 29 maggio 1968, n. 55. Tale

bene ad un modello astratto, secondo regole di giudizio che escludono profili di volizione, postulando unicamente la corretta applicazione di conoscenze tecniche.

La valutazione effettuata dall'amministrazione, dunque, ha carattere tecnico-discrezionale, poiché sfocia in apprezzamenti che, per il fatto di non discendere dall'applicazione di criteri propri delle c.d. scienze esatte, non appaiono obiettivamente verificabili.

I vincoli imposti, pertanto, non sarebbero il frutto di scelte amministrative puramente discrezionali, ma costituirebbero l'estrinsecazione di particolari regimi proprietari, tipici di intere categorie di beni: regimi nei quali, in virtù delle caratteristiche oggettive dei beni considerati, i diritti di proprietà avrebbero un contenuto intrinsecamente limitato, in forza di quanto disposto dall'art. 42, comma 2 Cost.

L'elemento giustificativo del potere di limitazione, identificabile nella necessità di contemperare la libera iniziativa del proprietario nell'utilizzazione del bene con esigenze superiori che non possono essere pregiudicate, viene, infatti, comunemente ricollegato al principio della funzione sociale della proprietà (contemplato e legittimato dal suddetto art. 42 Cost.)<sup>11</sup>.

Tuttavia, la suddetta impostazione tradizionale ha dovuto necessariamente coordinarsi con il processo evolutivo della tutela dei beni culturali, intesa non più solo in termini di mera conservazione, ma anche e soprattutto in termini di valorizzazione e di ampia fruibilità.

A tali fini non appare più sufficiente un vincolo espressione di un regime amministrativo meramente limitativo del diritto di proprietà; occorre invece indirizzarsi verso un provvedimento ablativo che tenga conto non solo degli

---

ricostruzione è stata recepita da successive sentenze della Costituzione, tra le quali si citano: sent. n. 417/1995 e n. 164/2000.

<sup>11</sup> M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. Dir.*, 1971, pag. 433, ss; A. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1972, pag. 953 ss.; con specifico riferimento ai rapporti tra disciplina dei beni culturali e regime della proprietà, v. G.R. CARNEVALE, *Disciplina normativa dei beni culturali e proprietà privata*, nota a Cons. St., sez. VI, sent. n. 261/1992, in *Riv. giur. urb.*, 1993, 1, 55, Maggioli Editore.

interessi dominicali, ma venga a ponderare adeguatamente tutti gli altri diritti connessi al bene (in particolare i diritti a rilevanza costituzionale di iniziativa economica e di impresa).

Tali nuove esigenze impongono, sul piano giuridico, che il vincolo indiretto non possa essere più concepito quale esito “*dovuto*” di un provvedimento guidato esclusivamente da criteri di discrezionalità tecnica, quanto piuttosto il risultato di un processo valutativo nel quale sono acquisiti e ponderati dall’amministrazione competente, secondo gli schemi valutativi della discrezionalità amministrativa, tutti gli interessi coinvolti.

L’atto finale dell’iter procedimentale finalizzato alla cura di valori culturali deve rappresentare “*l’esito provvedimentale del bilanciamento comparativo tra interessi egualmente meritevoli di protezione in relazione alle previsioni costituzionali*”<sup>12</sup> (artt. 9 e 42 Cost.), compiuto dall’amministrazione dei beni culturali ed ambientali.

La scelta vincolistica indiretta, dunque, pur potendo variare in funzione della protezione ambientale del bene, fino a comportare la assoluta in edificabilità, deve essere il risultato di un’equa ponderazione dei diversi interessi coinvolti nella valutazione procedimentale, da evidenziare attraverso una motivazione esauriente e puntuale sulle ragioni che hanno sorretto la scelta, a fronte del grave sacrificio imposto ai privati.

L’esigenza di una ponderazione valutativa nell’uso della potestà discrezionale trova ulteriore conforto nella opportunità di tutelare l’interesse pubblico primario del valore culturale con altri interessi costituzionalmente rilevanti.

Tale esigenza di comparazione tra l’interesse pubblico che si intende salvaguardare e l’interesse privato è stata più volte oggetto del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, tanto da comportare l’affermazione dell’obbligo da parte dell’Amministrazione di conseguire la tutela

---

<sup>12</sup> Così CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1998, I, 148.



dell'interesse pubblico (di salvaguardia dell'interesse culturale) con il minor sacrificio dell'interesse privato sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità.

**Principio di proporzionalità e bilanciamento degli interessi** - Aderendo formalmente all'anzidetta impostazione, in una prospettiva di analisi idonea a prendere in considerazione i vari interessi in gioco, il TAR Veneto – esercitando un forte *self restraint*, al fine di non sovrapporre le proprie valutazioni a quelle che sono riconducibili unicamente alla p.a. ed al fine di ben chiarire il confine esistente tra il giudizio volto ad individuare il mezzo più mite per il perseguimento del pubblico interesse e gli apprezzamenti riservati all'amministrazione – ha preso in mano gli “occhiali della proporzionalità”<sup>13</sup>, senza tuttavia indossarli.

L'indagine trifasica, che passa attraverso l'accertamento dell'idoneità della misura allo scopo da raggiungere, della necessità e della stretta proporzionalità con il fine da conseguire, non è stata puntualmente compiuta dal giudice veneto, che si è limitato ad enunciare la necessità e l'inevitabilità della misura, in ragione non solo delle motivazioni contenute nella relazione della Soprintendenza, ma anche della carenza probatoria delle motivazioni contenute nel ricorso.

Il principio di proporzionalità (ormai considerato principio generale dell'ordinamento<sup>14</sup>), infatti, sconta una difficoltà applicativa ove riferito al sindacato giurisdizionale in materia di vincoli ambientali: la possibilità di attuare un sindacato di stampo sostanzialistico, che tenga conto dei vari interessi coinvolti (al fine di consentire il loro bilanciamento con il minore sacrificio possibile per gli interessi privati configgenti con l'interesse

---

<sup>13</sup> V. PARISIO, *Legittimità e merito nel ricorso amministrativo contro i provvedimenti di vincolo*, in *Riv. giur. urb.*, n. 1-2/2008, Maggioli Editore.

<sup>14</sup> Cons. St., sez. IV, sent. n. 2087/2006. Tale considerazione è confermata dalla lettera della legge che, all'art. 1 della l. n. 241/1990, richiama i principi del diritto comunitario, di cui il principio di proporzionalità costituisce un pilastro.

pubblico), deve necessariamente trovare contemperamento con la sua intrinseca natura di sindacato c.d. debole.

Il vincolo indiretto, dunque, costituisce un notevole banco di prova per l'applicazione del principio di proporzionalità, sia da parte del giudice amministrativo, che dell'amministrazione.

L'applicazione di tale principio, ossia l'attenzione costante nella verifica della legittimità del provvedimento, quanto all'aderenza ed alla congruità dei mezzi rispetto ai fini, spinge l'amministrazione a motivare in modo più accurato i propri provvedimenti, sapendo che poi questi ultimi verranno esaminati "*con gli occhiali della proporzionalità*", da parte di un giudice che tende a profilarsi come anello di congiunzione tra l'amministrazione e la società.

La funzione di anello di congiunzione, tuttavia, non è di esclusiva competenza del giudice e, dunque, demandata al solo momento patologico, ma si rinviene anche nel momento di esercizio del potere impositivo del vincolo e si sostanzia nella procedimentalizzazione dello stesso, attraverso la necessaria partecipazione del privato, tramite gli strumenti previsti dalla l. n. 241/1990 (comunicazione di avvio del procedimento, ma anche il preavviso di rigetto *ex art. 10bis* l. n. 241/1990 ed il più generale contraddittorio procedimentale finalizzato al migliore risultato dell'esercizio del potere, attraverso ad esempio le conferenze di servizi istruttoria e decisoria).

**L'assolutezza degli interessi e la procedimentalizzazione dei poteri: rilevanza degli interessi partecipativi del proprietario interessato dal vincolo stesso** - Il giudice veneto, pur rilevando l'inutilità di una Conferenza di Servizi partecipata dal Comune di Piombino Dese, volta al coordinamento delle scelte urbanistiche con le esigenze di tutela della Villa Cornaro, nel richiamo della tradizionale regola secondo la quale i vincoli ambientali risultano sempre prevalenti rispetto alle disposizioni pianificatorie di

carattere urbanistico-territoriale<sup>15</sup>, ha considerato il momento partecipativo dei privati destinatari del vincolo e del Comune al procedimento impositivo, come elemento idoneo a supportare la pienezza e l'adeguatezza dell'istruttoria compiuta dalla Soprintendenza.

La partecipazione ed il contraddittorio che ne derivano, ferme restando le peculiarità dei diversi poteri di tutela del valore culturale, assolvono alla finalità di assicurare la più completa ed obiettiva conoscenza della situazione in ordine alla quale la p.a. deve agire, per la produzione del miglior risultato finale, consentendo altresì il più ampio controllo del giudice sul provvedimento. La partecipazione, permettendo un momento di contraddittorio con l'amministrazione su questioni tecniche, anche in sostituzione di quel confronto che non viene considerato ammissibile nel processo, consente di restituire centralità al procedimento, in conformità ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento ai quali l'amministrazione non si può sottrarre, nemmeno in ragione della primarietà del valore che le è affidato e al principio generale di trasparenza dell'azione amministrativa, che promana dai primi ed è oggi considerato uno dei principi fondamentali dell'azione amministrativa (art. 1 l. n. 241/1990).

L'accentuazione del profilo procedimentale, dunque, si presenta come elemento capace di aprire il confronto tra amministrazione e privati, rafforzando una prospettiva partecipativa nella quale *“la tutela giuridica diviene infine più incisiva: dai profili della congruità e logicità della motivazione e del travisamento dei fatti... si passa a quello sulla approfondita ed adeguata istruttoria in relazione al sacrificio imposto, alla logicità del tipo di vincolo, al suo dimensionamento quantitativo”*<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Dal punto di vista sostanziale, la giustificazione ed il fondamento della descritta prevalenza e specialità deve essere individuata nella preminenza dei valori tutelati attraverso i vincoli ambientali e nell'autorevolezza, derivante dalla natura tecnica sottesa agli accertamenti ed ai giudizi sottostanti all'imposizione dei vincoli stessi, così M. RENNA, cit. pag. 28.

<sup>16</sup> O.M. CAPUTO, *Vincolo storico artistico e interessi secondari. Contrasto nella VI Sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.-TAR*, 2000, 5, pag. 1809.

Dalla concorrenza di questi più recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali, è destinata ad acquisire spessore un'interpretazione “*evolutiva*” che consentirebbe di superare la configurazione tradizionale del vincolo indiretto quale limitazione amministrativa al diritto di proprietà, espressione della qualità propria insita nel carattere culturale del bene<sup>17</sup>, con immediate ricadute in termini economici di indennizzabilità.

**Valutazioni economiche: indennizzabilità dei vincoli** - Come si legge nella pronuncia in commento, “*il diritto di proprietà, rispetto al potere d'imposizione del vincolo indiretto, è intrinsecamente limitato e dunque esterno all'esercizio del potere tanto da non essere indennizzabile*”. La pronuncia del TAR Veneto si assesta sul tradizionale orientamento, avallato più volte anche dalla Corte Costituzionale, secondo il quale non devono essere previste indennità di esproprio a favore dei proprietari delle aree assoggettate a vincoli ambientali, semplicemente perché l'imposizione di questi vincoli, per ciò che riguarda il regime della proprietà privata, non dovrebbe realizzare alcuna sperequazione o disparità di trattamento bisognevole di compensazione.

Non sono mancati, tuttavia, altri orientamenti giurisprudenziali di segno nettamente contrario, ai quali deve riconoscersi un evidente fondamento di verità: non può certo disconoscersi che la tutela ambientale, ove si spinga all'imposizione di un vincolo di inedificabilità assoluta, inteso a salvaguardare la cornice ambientale da possibili alterazioni, si risolva necessariamente in uno strumento sostanzialmente espropriativo, sovrapponendosi ai meccanismi giuridici a ciò preposti<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> M. RENNA, cit. pag. 24, parla di doveri inderogabili di solidarietà ambientale, citando a sua volta F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. Econ.*, 2002.

<sup>18</sup> TAR Lombardia, Brescia, sent. n. 889/1995, secondo il quale l'imposizione del vincolo indiretto di inedificabilità assoluta, inteso a salvaguardare la cornice ambientale di un monumento da possibili insediamenti, sarebbe sicuramente illegittimo. E ciò perché, nel caso in cui l'amministrazione intendesse vietare totalmente l'edificabilità, dovrebbe provvedere ad espropriare l'area interessata.

Nell'esaminato contesto storico-giuridico – che, pur riconoscendo alla p.a. la spettanza esclusiva del potere impositivo del vincolo, ne postula la necessaria procedimentalizzazione, in una prospettiva di maggiore effettività della partecipazione e di una più ampia legittimazione del risultato finale –, appare difficile continuare a ritenere che *“il vincolo di completamento si possa risolvere esclusivamente in una forma di regolamentazione della proprietà privata, anche nei casi di incidenza più rilevante, quale un sostanziale minus che tuttavia non coincide con lo svuotamento del diritto assoluto provocato dall'espropriazione, ma si collega a beni i quali pur brillando di luce riflessa contribuiscono a garantire il fondamentale obiettivo di assicurare il pubblico godimento del bene culturale”*<sup>19</sup>.

La difficoltà appare ancora maggiore qualora si consideri che la normativa prevede un ulteriore strumento tipico di tutela ambientale, ispirato alla medesima *ratio* che presiede al vincolo indiretto, configurabile nella espropriazione per fini strumentali, di cui all'art. 96 del Codice Urbani (D.lgs. n. 42/2004).

Da più parti, in dottrina ed in giurisprudenza, si è tentato di dare giustificazione e logica autonomia e differenziazione ai due istituti<sup>20</sup>: tuttavia, ad un esame meno teorico e più concreto, tali giustificazioni sono destinate a perdere consistenza.

Non va infatti sottaciuto che, in caso di esproprio strumentale, l'amministrazione dovrà corrispondere al proprietario la relativa indennità; mentre, il vincolo indiretto, pur contenente prescrizioni conformative di inedificabilità assoluta, è, a tutt'oggi (come dimostrato dalla sentenza in commento), a *“costo zero”*.

**Riflessioni conclusive: risvolti etici ed economici** – Come anticipato in premessa, l'impressione derivante da una prima lettura della sentenza in

---

<sup>19</sup> PELILLO, *I beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Aedon*, n. 2, 1998.

<sup>20</sup> W. GASPARRI, *Commento all'art. 96*, in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, pag. 398.

commento ha dovuto cedere il passo ad una valutazione senz'altro maggiormente articolata ed analitica, in grado, come si è visto, di far compiutamente emergere la sistematicità di una pronuncia solo apparentemente di facile comprensione.

L'idea di un riaffermarsi del diritto (l'interesse culturale collegato alla tutela dell'opera artistica nel suo contesto) rispetto alla preponderanza dell'aritmetico interesse economico (del privato, titolare dello *ius aedificandi*), è rimasta lettera morta.

E ciò per il fatto che la sentenza in commento, pur enucleando correttamente tutti i principi emergenti dal giudizio di legittimità dell'atto di apposizione del vincolo indiretto, pare, tuttavia, essere carente in termini di "*misura*".

La giurisprudenza, infatti, prendendo spunto dal sistema anglosassone, è *case-law*: senza inventare nuove regole e senza forzare quelle esistenti, il giudice è tenuto ad adottare i principi generali (nel caso di specie, v. art. 9, art. 42 Cost.) adeguandoli al caso concreto, al fine di consentire una loro integrazione reciproca, che tenga conto della realtà e dei suoi mutamenti.

*"L'amministrazione preposta alla tutela del paesaggio non può, in forza di una concezione totalizzante dell'interesse pubblico primario di cui è attributaria, limitarsi ad affermare la generica rilevanza assoluta, paralizzando ogni altra attività e sacrificando ogni altro interesse"* (TAR Sicilia, Palermo, sent. n. 150/2005)<sup>21</sup>.

Conformandosi alla qualificazione tradizionale del vincolo indiretto come limitazione amministrativa al diritto di proprietà, senza prendere in considerazione l'evoluzione sostanziale dello stesso, quale limite imposto a seguito di un procedimento (riconosciuto anche nei passaggi della sentenza) qualificabile come "*ablatorio personale*"<sup>22</sup>, il TAR Veneto, in buona sostanza, giunge a rendere prevalente l'aspetto economico (ravvisabile

---

<sup>21</sup> Seppure afferente ad una tematica differente, v. sent. Corte Cost. n. 85/2013, a proposito del caso Ilva: i diritti si trovano sempre in un rapporto di integrazione reciproca, nello Stato costituzionale nessun diritto può mai essere il tiranno degli altri diritti.

<sup>22</sup> Sul punto v. A CROSETTI, op. cit., pag. 65 e ss.

nell'ormai noto adagio della riduzione delle spese) sul diritto, quello di proprietà, che in una cultura ormai incentrata sulla quantificazione e sulla valutazione economica di qualsiasi bene materiale ed immateriale, conosce una vera e propria “*svalutazione*”.

L'errore nella composizione dei vari interessi, infatti, pare potersi riscontrare laddove il giudice, senza prendere minimamente in considerazione l'affidamento dei privati – legittimamente derivante da una pianificazione urbanistica generale (del 2001), che attribuirebbe la facoltà di edificare i territori di loro proprietà –, considera legittima la previsione di assoluta inedificabilità delle aree, imposta con provvedimento del 2013, di ben più di dieci anni successivo all'adozione del piano urbanistico generale.

Pur dovendosi riconoscere l'importanza dei valori tutelati ed il corretto approccio del giudice veneto nell'articolazione dei principi in gioco, non pare possibile, tuttavia, non ravvisare un fondamento di ragionevolezza nelle censure articolate dai proprietari ricorrenti, che, pur godendo della vicinanza al monumento (*il commento della sentenza è stato occasione per prendere conoscenza della bellezza architettonica di Villa Cornaro*), si trovano nella sostanziale impossibilità di godere, in modo pieno ed esclusivo, del proprio bene immobile. E ciò, si badi, senza il seppur minimo intervento di carattere equitativo.

L'utilizzo strumentale, in funzione economica, del vincolo indiretto, quindi, rischia di svilire la natura e l'importanza, anche per le generazioni future, dell'interesse che è tenuto a garantire, delegittimandone la funzione agli occhi dei privati. Tale limitazione delle facoltà di godimento del privato cittadino, non sorretta da un'adeguata ponderazione e da una equa “*misura*” dei plurimi interessi in gioco, infatti, finirebbe per essere avvertita solo come una “*disgrazia costituzionalmente (ex art. 9 Cost.) sancita*”<sup>23</sup>.

Avv. Giulia Mattioli

---

<sup>23</sup> MERUSI, Commento all'art. 9 Cost., in Commentario Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 475.





## Nota di commento alla Sentenza del

### Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto n. 766 del 1° luglio 2015

Introduzione – Tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente: due materie trasversali - Nessuna violazione di legge se ricorrono motivi imperativi di interesse generale - Legittimo il regime giuridico differenziato per tutelare l'ambiente e il territorio – Conclusioni

#### Introduzione

Una sentenza pesante per la Grande Distribuzione Organizzata quella emessa dal TAR Veneto sull'ammissibilità di limitazioni alla libertà di insediamento delle strutture superiori a 1500 mq di superficie. Una sentenza che afferma la legittimità della normativa regionale, impugnata da Federdistribuzione al fine di ottenere l'annullamento del Regolamento Regionale n. 1 del 21 giugno 2013, recante *“indirizzi per lo sviluppo del sistema commerciale”*.

La suddetta normativa, emessa in attuazione della Legge Regionale 28 dicembre 2012, n. 50, è stata infatti denunciata di illegittimità ed incostituzionalità per violazione dei principi di libertà di insediamento e di apertura degli esercizi commerciali, nonché in generale di liberalizzazione delle attività economiche.

Si tratta di una disciplina, quella adottata dalla Regione Veneto, ispirata ad una ragionevole organizzazione urbanistica del territorio, più attenta agli impatti ambientali, da attuarsi mediante interventi di consolidamento dei poli commerciali esistenti, di riqualificazione e recupero delle strutture dismesse e delle aree degradate; ma soprattutto volta ad un recupero della dimensione umana, sociale ed economica dei centri abitati, specie quelli storici.

Tale indirizzo si intreccia inevitabilmente con la promozione di un uso più attento ed ecosostenibile della *risorsa suolo*, secondo il principio del non consumo dello stesso, che pertanto non può che risolversi in una limitazione di quegli interventi che comportino un aumento della cubatura esistente in ambito comunale.

Ecco perché Federdistribuzione, a fronte di una normativa che sottopone ad un regime autorizzatorio ed economicamente “sconveniente” l'apertura di nuove strutture di vendita di grandi dimensioni, ha ritenuto di impugnare il Regolamento regionale, appellandosi a numerosi asseriti vizi dello stesso, fra cui l'incompetenza della Regione a disciplinare la materia, la violazione di norme interne e comunitarie, nonché la disparità di trattamento in violazione del principio di uguaglianza.

*Tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente: due materie trasversali*

Piuttosto deludente il risultato per Federdistribuzione, che dopo aver giocato la carta dell'incompetenza della Regione Veneto a legiferare in materia di tutela della libera concorrenza, si è trovata a fare i conti con le numerose pronunce della Corte Costituzionale che impongono al riguardo un bilanciamento tra competenze statali e regionali.

In più occasioni infatti il Giudice delle Leggi ha affermato che sebbene la tutela della concorrenza sia elencata all'art. 117 della Costituzione fra le materie di competenza esclusiva dello Stato, essa integra in realtà una sorta di materia trasversale, in relazione alla quale si manifestano competenze diverse che ben possono essere anche regionali. Ed è proprio ciò che si verifica nel caso delle attività commerciali, dove inevitabilmente convergono la competenza statale nell'adozione di provvedimenti idonei ad incidere sull'equilibrio economico generale e la competenza concorrente o residuale delle Regioni quanto agli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale, nel rispetto dei principi di libertà di circolazione e di insediamento in qualunque parte del territorio nazionale (cfr. sentenze n. 345/2004; n. 320/2004; n. 14/2004).

La Corte Costituzionale ha precisato al riguardo che non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 Cost. costituiscono “materie”, considerato che talvolta si tratta più esattamente di competenze del Legislatore statale idonee ad investire esse stesse una pluralità di materie (cfr. sentenza n. 282 del 2002).

Se ne potrebbe allora dedurre che la tutela della concorrenza più che integrare

una “materia” in senso tecnico, individua delle finalità che coinvolgono più ambiti materiali, legittimando così la potestà legislativa statale e regionale a seconda dell’ambito coinvolto.

Proprio su tale presupposto sembra fondarsi la pronuncia del Tar Veneto in esame, ove dichiara che la Legge regionale «*ha inteso dare attuazione alla potestà legislativa in materia di commercio in applicazione ai principi contenuti nella legislazione statale di riferimento*».

Materia trasversale è anche la tutela dell'ambiente, difficilmente concepibile come competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, considerato che la sua attitudine ad investire interessi diversi inevitabilmente la conduce ad intrecciarsi con altre competenze, anche regionali.

E' chiaro infatti che il Costituente non abbia inteso estromettere la Regione dalla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali, ma semplicemente abbia riservato allo Stato la definizione di valori di riferimento per la tutela dell'ambiente uniformi sull'intero territorio nazionale, cui le Regioni devono attenersi ed uniformarsi(cfr. Corte Cost. n. 407/2002).

#### *Nessuna violazione di legge se ricorrono motivi imperativi di interesse generale*

Nemmeno la denuncia del vizio di violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e 34 L. 214/2011 e dell'art. 1 L. 27/2012, dettati in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi secondo la disciplina dell'Unione Europea e nazionale, ha persuaso il Giudice Amministrativo della fondatezza del ricorso presentato da Federdistribuzione. E così gli artt. 10 e 11 della Costituzione e l’art. 56 del Trattato UE sembrano pienamente rispettati.

Del resto già la giurisprudenza comunitaria si era più volte pronunciata al riguardo in modo inequivoco. E’ vero infatti che la direttiva 123/2006, cd direttiva Bolkestein, è intervenuta nel panorama normativo del settore dei servizi privati al fine di favorire nei vari Stati membri la creazione di un regime comune imperniato sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi. E’ altrettanto vero però che il divieto di assoggettare l'iniziativa economica ad autorizzazioni e restrizioni (specie se dirette al governo

autoritativo del rapporto tra domanda e offerta), incontra un limite nell'esigenza di tutelare interessi generali di carattere imperativo rientranti nel catalogo formulato dalla Corte di Giustizia.

Sebbene l'esercizio delle libertà economiche non possa più essere subordinato nell'*an* e nel *quomodo* a qualunque tipo di interesse pubblico assunto dal Legislatore quale meritevole di tutela, esso può subire limitazioni e restrizioni, purché le stesse siano adeguate e proporzionate agli obiettivi perseguiti (Cfr. Corte di Giustizia C-400/08, n. 24.03.11; C-96/08, n. 15.04.2010, e C-527/06, n. 16.10.2008).

Bisogna allora distinguere, in sede di valutazione circa la legittimità di restrizioni imposte dalla normativa vigente, fra atti di programmazione economica - che in linea di massima non possono limitare l'insediamento di nuove attività - e atti di programmazione aventi natura non economica, i quali possono incidere sulla libertà di iniziativa nel limite in cui siano sorretti da ragioni imperative di interesse generale.

Tale principio è espressamente ribadito non solo dalla normativa nazionale di recepimento della direttiva Bolkestein adottata con il D. Lgs. 59/2010, la quale all'art. 11, comma 1. lett. e, precisa che il divieto di imporre limitazioni non concerne i requisiti di programmazione dettati da motivi imperativi d'interesse generale, e non meramente economici. Anche il successivo D.L. 201/2011, contenente «*disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*» e convertito in legge 214/2011, nell'assurgere la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio a principio generale dell'ordinamento nazionale - da attuarsi «*senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura*» - contempla l'ammissibilità dei soli limiti connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, e dei beni culturali<sup>1</sup>.

---

1

Va ricordato in realtà che già il D.L. 223/2006, conv. in L. 248/2006 estendeva alle Regioni il divieto di sottoporre l'apertura di nuovi esercizi commerciali (comprese medie e grandi strutture) a limiti riferiti a quote

Proprio questi infatti sono i motivi imperativi di interesse generale contemplati dalla Legislazione nazionale, conformemente alla normativa comunitaria, che consentono l'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica, nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza<sup>2</sup>. Ed è proprio l'art. 34 del D.L. 201/2011, assunto dai ricorrenti come una delle norme violate, a disporre che le Regioni debbano adeguare la legislazione di loro competenza ai suddetti principi.

Adeguamento al quale la Regione Veneto ha provveduto proprio con la Legge n. 50 del 28 dicembre 2012, il cui Regolamento attuativo Federdistribuzione ha ritenuto di impugnare per violazione del principio di libertà di insediamento, di prestazione dei servizi e più in generale di libertà di iniziativa economica, a causa dell'introduzione di un regime autorizzatorio per l'apertura di nuove strutture aventi una superficie di vendita superiore a 1500 metri quadrati (in particolare, si veda l'art. 3 del Regolamento).

Evidentemente parte ricorrente non ha considerato un aspetto fondamentale ai fini della valutazione della legittimità della normativa, ossia la natura dei motivi posti a base della stessa, fra i quali ricorre anche la tutela dell'ambiente (art. 3, lett. o L. Regionale)<sup>3</sup>.

---

di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale subregionale, completando il disegno di liberalizzazione avviato con il D.lgs. 114/98 con riguardo agli esercizi di vicinato. Si poneva in essere così una netta cesura rispetto alla disciplina previgente di cui alla l. 426/1971, che sottoponeva l'apertura di nuovi esercizi ad un rigido sistema di contingentamento, basato sulla pianificazione del rapporto fra domanda e offerta.

2

Si vedano fra l'altro gli artt. 31 e 34 del D.L. 201/2011 convertito in L. 214/2011, o ancora gli artt. 1 e 2 della L. 21/2012, che includono fra i motivi imperativi di interesse generale la tutela della salute, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio artistico e culturale.

3

Nello specifico, anche la razionale gestione del territorio è stata ritenuta un motivo imperativo di interesse generale meritevole di tutela dalla recente giurisprudenza amministrativa (cfr. Tar Lazio, sez. III, sentenza n. 1988 del 3.02.2015)

Come affermato dal Tar nella sentenza in commento, *«la realizzazione di una grande struttura di vendita ha un considerevole impatto sul territorio, condizionandone la destinazione e gli sviluppi futuri, circostanza quest'ultima che impone, di per sé, la necessità che principi in materia di liberalizzazione del commercio siano temperati dalla tutela di un interesse generale, evidentemente inciso dalla realizzazione di una struttura di una tale dimensione. Ne consegue la legittimità di un controllo preventivo, e quindi autorizzatorio»*.

La disputa su cui si è pronunciato il Giudice Amministrativo può allora tradursi fondamentalmente in una questione di contemperamento degli interessi coinvolti. Da un lato la libertà di iniziativa economica, dall'altro la tutela dell'ambiente, la razionale gestione del territorio, nonché le peculiarità del tessuto economico, sociale e culturale del territorio locale. E il bilanciamento fra tali interessi non è stato compiuto dal Tar Veneto, essendo lo stesso già opera del Legislatore comunitario e di quello nazionale, che espressamente hanno consentito l'assoggettamento dell'iniziativa economica privata a controlli e limitazioni giustificati da motivi imperativi di interesse generale, quali appunto, la tutela dell'ambiente e del territorio.

Quanto all'idoneità e alla proporzionalità delle misure adottate, quale condizione di legittimità delle stesse, è piuttosto palese che una volta avvenuto l'insediamento di una grande struttura di vendita, rimediare *ex post* ai danni provocati all'ambiente e alla razionale gestione del territorio risulterebbe difficile se non impossibile, e comunque maggiormente dispendioso. Un controllo successivo pertanto non avrebbe potuto costituire una misura idonea a salvaguardare gli interessi pubblici evidentemente pregiudicati dalla effettiva realizzazione dell'opera.

#### *Legittimo il regime giuridico differenziato per tutelare l'ambiente e il territorio*

Fermamente smentita dal Tar Veneto è altresì l'affermazione del ricorrente secondo cui la previsione di un regime giuridico differenziato in relazione alla superficie del punto vendita costituirebbe un'alterazione del confronto

concorrenziale, violando in tal modo il principio di uguaglianza e parità di trattamento.

Il Giudice Amministrativo al riguardo puntualizza da un lato che la necessità di un'autorizzazione non pregiudica di per sé la possibilità che un qualunque soggetto risulti destinatario del titolo abilitativo stesso; dall'altro volge ancora una volta l'attenzione verso la strumentalità di tale controllo rispetto al perseguimento degli obiettivi che il Legislatore regionale si è prefissato.

Il cambio di rotta rispetto alla normativa previgente è piuttosto evidente, specialmente ove si consideri che mentre l'art. 15, comma 6, L.r. 15/2004 prescriveva il previo rilascio del titolo edilizio quale condizione necessaria ma non sufficiente per ottenere l'autorizzazione commerciale, ora l'art. 19, comma 6, l.r. 50/2012 prevede – si noti, unicamente per le grandi strutture poste al di fuori dei centri storici – che sia il rilascio dell'autorizzazione commerciale a costituire la condizione necessaria per il corrispondente titolo edilizio, i cui presupposti sono da verificarsi in sede di conferenza dei servizi di cui al comma 5 del medesimo articolo.

Analogamente non può integrare un'alterazione del confronto concorrenziale, contrastante con il principio di uguaglianza e di libertà di iniziativa economica privata, l'imposizione di un onere aggiuntivo a carico delle strutture di vendita ubicate al di fuori dei centri storici (artt. 1 e 10 Regolamento e art. 13 Legge Regionale). Preso atto che lo scopo della normativa regionale è quello di incentivare e valorizzare il mantenimento e l'insediamento di strutture di vendita all'interno dei centri abitati e, ancor più, dei centri storici, si comprende come l'introduzione dell'onere aggiuntivo - come *tertium genus* accanto alla tradizionale bipartizione oneri di urbanizzazione-costi di costruzione - sia certamente la misura più idonea a disincentivare l'apertura di strutture di vendita al di fuori di tali centri, procurando al tempo stesso risorse economiche destinate alla rivitalizzazione e riqualificazione del commercio nelle aree del centro.

Nessun pregiudizio dunque può ravvisarsi per gli operatori economici destinatari

di tali disposizioni, fino a che le stesse – fermi i requisiti di idoneità e proporzionalità rispetto allo scopo perseguito - rappresentino il frutto di scelte operate dal Legislatore regionale al fine di garantire interessi imperativi di carattere generale quali la tutela dell'ambiente e del territorio.

### Conclusioni

Percorrendo il ragionamento esposto dal Tar Amministrativo della Regione Veneto nella sentenza n. 766/2015 è possibile cogliere l'infondatezza dei vizi lamentati dal Ricorrente, seguendo un filo conduttore che sembra non lasciare dubbi.

La materia della tutela della concorrenza, in quanto “materia trasversale”, legittima la Regione a legiferare al riguardo, senza che ciò possa integrare vizio di competenza alcuno. La stessa libertà di concorrenza può essere assoggettata a limitazioni e restrizioni laddove giustificate da motivi imperativi di interesse generale, fra i quali viene annoverata – in sede comunitaria come in quella nazionale – la tutela dell'ambiente e del territorio. Ne consegue allora la piena legittimità di una normativa regionale che assoggetti la libertà di iniziativa economica ad un regime restrittivo a tutela dell'ambiente, prevedendo un controllo sui grandi insediamenti commerciali per l'impatto che generano sul territorio.

Ma soprattutto, nel merito, la sentenza in commento afferma la validità delle scelte discrezionali operate dalla Regione Veneto, sia in ordine alla ragionevole organizzazione urbanistica del territorio, in quanto il principio del non consumo del suolo nonché gli obiettivi di recupero e riqualificazione delle aree degradate e di valorizzazione dei centri storici sono ritenuti tutti meritevoli di tutela; sia in ordine alle misure adottate - dalla previa autorizzazione all'imposizione di oneri aggiuntivi – in quanto strumentali, idonee e proporzionate rispetto al perseguimento di tali obiettivi.

Resta tuttavia da chiedersi, a fronte della crisi economica che negli ultimi anni ha colpito fra i molti anche i commercianti, quale impatto possa avere su di essi una normativa regionale che abbia come effetto quello di limitare la libertà di



insediamento fuori dai centri storici.

E' chiaro che la legge regionale del 2013 voglia porre un freno al crescente fenomeno della cementificazione di mostri edilizi - da molti definiti "cattedrali nel deserto" - e ridare vita ai centri storici. Forse solo l'esperienza sarà in grado di stabilire se sia questa la via giusta per incentivare anche un rilancio dei consumi, o se invece non sarebbe stato più opportuno pensare ad una sorta di "liberalizzazione temporanea", demandando il perseguimento dei suddetti obiettivi a quando si avvertiranno tangibili segnali di ripresa.

Avv. Maria Giovanna Battaglia



## Note a

### TAR VENETO (SEZ. III), sentenza 1 luglio 2015, n. 766

(Presidente: Settesoldi – Estensore: Ricchiuto)

#### 1. La vicenda e il quadro normativo di riferimento

Con la sentenza n. 766 del 2015 il Tar del Veneto, confermando la legittimità del Regolamento regionale in materia di “*Indirizzi per lo sviluppo del sistema commerciale*”, ha affrontato nuovamente il tema della ricerca di equilibrio tra la tutela della concorrenza e la protezione degli interessi coinvolti e interessati dall’apertura di esercizi commerciali di grandi e medie dimensioni.

La vicenda trae origine dalla impugnazione, da parte di una associazione di coordinamento e rappresentanza delle aziende afferenti al settore della distribuzione organizzata, del Regolamento regionale n. 1 del 2013 adottato in attuazione della legge regionale del Veneto n. 50 del 2012, diretta a disciplinare le “*Politiche per lo sviluppo del sistema commerciale nella Regione Veneto*”.

La legge appena citata costituisce, peraltro, lo strumento con cui il legislatore regionale ha provveduto ad adeguarsi a quanto disposto dalla legge nazionale in tema di liberalizzazioni, ai sensi della legge n. 214 del 2011<sup>1</sup>.

La parte ricorrente riteneva il Regolamento impugnato illegittimo sotto diversi profili, affidando le proprie doglianze a otto motivi di censura, in ragione della ritenuta violazione della normativa nazionale in materia di liberalizzazioni e contestando, in via principale, la determinazione nel Regolamento di vincoli e limiti all’esercizio dell’attività commerciale, con riferimento particolare all’attività di grande distribuzione (ossia attività commerciali di media e grande dimensione)<sup>2</sup>.

Tali limitazioni si estrinsecano, in particolare, nella autorizzazione commerciale prevista dall’art. 3 del Regolamento, cui sono soggetti l’apertura, l’ampliamento, il trasferimento e la trasformazione di tipologia delle grandi strutture di vendita: si tratta, cioè, di un atto preventivo che costituisce condizione necessaria per il compimento di qualsiasi delle

---

<sup>1</sup> Si tratta della conversione in legge del d.l. 201/2011, recante “*Disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici*”

<sup>2</sup> Ai sensi dell’art. 3 della legge 50/2012 della Regione Veneto, si intende per “*media struttura di vendita*” l’esercizio commerciale, singolo o risultato di aggregazione di più esercizi commerciali, con superficie di vendita compresa tra i 251 e i 2.500 metri quadrati; per “*grande struttura di vendita*” l’esercizio commerciale con superficie di vendita complessiva superiore a 2.500 metri quadrati. Il Regolamento prende in esame, oltre alle grandi superfici di vendita, le medie strutture di vendita limitatamente alla fascia che ricomprende quelle con superficie tra 1.500 e 2.500 metri quadrati.

fattispecie indicate. Per le grandi strutture di vendita, in aggiunta, tale autorizzazione viene rilasciata sulla base di alcune verifiche indicate all'art. 3 co. 2 (esame di ammissibilità; verifica di compatibilità mediante valutazione dell'impatto generato dall'intervento; verifica delle condizioni di sostenibilità dell'intervento in relazione al contesto sociale, territoriale ed ambientale di riferimento). Ancora, sono previsti oneri aggiuntivi in relazione alle superfici di vendita più grandi, e ulteriori oneri per le attività commerciali poste al di fuori dei centri urbani.

Orbene, la sentenza in commento pone in rilievo due questioni. In primo luogo, se, e a quali condizioni, possa essere compreso, in un contesto di equilibrio dei principi costituzionali, ed in armonia con il diritto europeo, il principio di concorrenza. In secondo luogo – e conseguentemente –, posta la rilevanza della concorrenza come materia di stretta competenza statale ai sensi dell'art. 117 Cost., quale spazio di intervento possa realmente residuare in capo alle autonomie regionali, mediante lo strumento legislativo e, secondariamente, attraverso l'azione amministrativa.

Occorre dapprima, peraltro, ricordare il contesto normativo in cui il giudice amministrativo, in tale occasione, si è mosso.

Vi è una linea invalicabile, costituita dall'art. 41 della Costituzione, per la quale l'iniziativa economica è libera, sebbene essa non possa svolgersi in contrasto con l'*utilità sociale*, o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

Il tentativo di ricercare un punto di equilibrio tra interessi costituzionalmente rilevanti si interseca con l'atteggiamento tipicamente pro-concorrenziale della normativa europea. Da questo punto di vista, la direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein)<sup>3</sup> costituisce un punto di non ritorno.

Anche il legislatore italiano ha ribadito, in più occasioni, e talvolta ripetendosi in modo disorganico, la centralità del principio della concorrenza, attraverso plurimi interventi di liberalizzazione.

In primo luogo, va citato il d.lgs. 59/2010 che ha recepito la direttiva del 2006. L'art. 10, in particolare, sancisce che l'accesso e all'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie. Il successivo art. 12 prevede, invece, che in caso di sussistenza di motivi imperativi di interesse generale (si tornerà tra poco sul significato di tale

---

<sup>3</sup> Si tratta della Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno.

espressione), l'accesso e l'esercizio di una attività possono essere subordinati ad alcuni requisiti che vengono enumerati.

Successivamente, con l'art. 3 del d.l. 138/2011 si introduceva l'obbligo per Comuni, Province e Regioni di adeguare i propri ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato, riservando uno spazio d'azione ad alcuni vincoli espressamente individuati. Da un lato, i vincoli di natura comunitaria e quelli discendenti dai principi fondamentali della Costituzione; dall'altro, nel caso in cui si determini un danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana o un contrasto con l'utilità sociale (richiamando così il concetto individuato dalla carta costituzionale), o, infine, nel caso di disposizioni indispensabili per la tutela di interessi ritenuti inderogabili e meritevoli di tutela (salute umana, conservazione delle specie animali e vegetali, ambiente, paesaggio, e patrimonio culturale).

Successivamente, a distanza di pochi mesi, con il d.l. 201/2011 (c.d. manovra "Salva Italia"), veniva ribadita la posizione favorevole alle liberalizzazioni: in tale sede (art. 31, co. 2) si afferma, infatti – richiamando anche la disciplina dell'Unione europea sul tema –, che la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali, o altri vincoli di qualsiasi altra natura costituisce un *principio generale* dell'ordinamento nazionale. Tuttavia, sono ammessi alcuni limiti, ossia quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, (incluso l'ambiente urbano), e dei beni culturali. Non solo. Il medesimo comma prevede ancora che le Regioni (ma vi si tornerà in seguito), possono prevedere, purché in assenza di qualsiasi discriminazione fra gli operatori, anche aree interdette agli esercizi commerciali, purché tali limitazioni siano finalizzate alla tutela degli stessi interessi appena elencati. Il successivo art. 34 prevede poi, concretizzando quanto affermato nell'art. 31, la modalità di liberalizzazione delle attività, mediante il principio di libertà d'accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previi atti amministrativi di assenso o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità. Al co. 3, poi, vengono abrogate una serie di restrizioni fino ad allora presenti nell'ordinamento.

Con espressioni assai simili, il legislatore inserisce anche nel d.l. n. 1 del 2012 (art. 1, co. 1) una disposizione finalizzata alla abrogazione delle norme che prevedessero limiti numerici, autorizzazioni licenze nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del

principio di proporzionalità. Si aggiunge, inoltre (art. 1, co. 2), che le disposizioni che contengono limiti o restrizioni debbono essere interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle finalità di interesse pubblico generale che sono perseguite.

## **2. I motivi imperativi di interesse generale quale limite possibile alla libertà di iniziativa economica.**

Orbene, è piuttosto evidente la preoccupazione del legislatore di adeguare in senso pro-concorrenziale la normativa interna ai principi dei Trattati e della normativa derivata europea. Concorrenza e liberalizzazione (che appaiono spesso sovrapposte sebbene esprimano concetti non sovrapponibili) costituiscono i principi conformativi dell'ordinamento, in una logica di libero mercato e libertà di stabilimento.

Sono fatti salvi, tuttavia, spazi di intervento in direzione contraria, considerati necessari per salvaguardare interessi ritenuti meritevoli di una tutela non derogabile ed imprescindibile. Il criterio di equilibrio è tuttavia quello della proporzione, come parametro di giustificabilità della limitazione alla concorrenza.

Ora, occorre pertanto valutare fino a che punto, e per quali ragioni possa essere compreso il principio di concorrenza e le conseguenti politiche di liberalizzazione che tentano di attuarlo. Facendo riferimento alla regolazione del commercio, è evidente che l'apertura di una struttura di vendita di grandi dimensioni può esercitare sul territorio circostante un impatto tale da determinare – almeno in una previsione eventuale – effetti sotto diversi profili.

Lo stesso giudice amministrativo riconosce nella sentenza in oggetto l'importanza di tale impatto sul territorio<sup>4</sup>, dal momento che una determinata iniziativa economica di natura commerciale di considerevole dimensione può influire non solo sul suo assetto presente ma anche sul suo sviluppo futuro. Si pensi all'effetto di una grande superficie di vendita su un territorio densamente abitato, all'impatto sulla situazione viabilistica e al conseguente inquinamento acustico ed atmosferico, agli effetti su un tessuto urbano fragile o, per altro verso, storicamente rilevante<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. sentenza in commento, par. 2.3.

<sup>5</sup> A proposito del rapporto tra concorrenza e tutela dei centri storici si veda P. AMOVILLI, *Centro storico e disciplina del commercio*, e L. FERRUCCI, *Le potenzialità economiche dei centri storici*, interventi al Convegno "I centri storici tra norme e politiche" tenutosi a Gubbio il 6 e 7 giugno 2014 e pubblicati su [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it).

Può ciò, allora, giustificare la possibilità di adottare una normativa regolamentare che preveda restrizioni alla libertà economica ed in particolare la previsione di una autorizzazione preventiva all'esercizio dell'attività?

Quale sia però il discrimine tra l'azione che può essere esercitata in funzione di limitare l'impatto sul territorio o sulla popolazione (declinata secondo i diversi interessi che sono posti a loro tutela) viene individuata facendo riferimento, in primo luogo, alla distinzione, di chiara matrice comunitaria, tra atti di programmazione economica e atti di programmazione aventi natura non economica. I primi, infatti, estrinsecano l'intenzione di regolamentare in via generale l'attività economica, facendo riferimento a parametri di mercato quali la capacità di assorbimento dell'offerta o l'impatto economico dell'attività commerciale. I secondi, al contrario, si basano su presupposti differenti, prendendo in considerazione interessi e parametri di carattere non economico e valutando l'impatto di attività commerciali limitatamente a tali parametri.

Tali parametri, per possedere un grado di giustificabilità accettabile, devono rientrare tuttavia nella categoria dei c.d. *motivi imperativi di interesse generale*, come individuati e delineati nel tempo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Una definizione di tale categoria di interessi può essere rinvenuta nell'art. 4 (par. 4 n. 8) della direttiva 2006/123/CE, ove per motivi imperativi di interesse generale si intendono «*quei motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali: l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale*»<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Ancora più ampia la definizione, sebbene priva di valore normativo, contenuta nel considerando 40 della direttiva, ove si dice che la categoria deve ricomprendere almeno i seguenti motivi: «*l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, e la politica veterinaria*».

Tale definizione contribuisce, insieme alla successiva giurisprudenza della Corte, a delineare quell'area di salvaguardia di fronte alla quale il principio di concorrenza deve essere considerato recessivo<sup>7</sup>.

### **3. La normativa veneta davanti al giudice.**

Guardando ora da vicino la disciplina veneta, il legislatore regionale ben aveva chiaro, nell'approntare la normativa sullo sviluppo del sistema commerciale (l. 50/2012), di agire nell'alveo della normativa comunitaria e al contempo di perseguire finalità di tutela del territorio.

L'art. 2, infatti, nell'indicare la finalità e i principi della legge, richiamandosi ai principi della direttiva Bolkestein e alla relativa legge nazionale di recepimento (d.lgs. 59/2010), dispone che, posta la libertà dell'esercizio dell'attività commerciale, viene fatto salvo un controllo pubblico, preventivo o successivo, a tutela dei motivi imperativi di interesse generale, pur nel rispetto dei principi di non discriminazione e di proporzionalità (cfr. art. 2 co. 2)<sup>8</sup>.

Nel successivo co. 3 (co.1 lett. o), riprendendo quasi letteralmente il contenuto della definizione di cui all'art. 4 della direttiva Bolkestein, il legislatore veneto provvede anche a fornire una definizione di "*motivi imperativi di interesse generale*" definendoli come "*le ragioni di pubblico interesse, quali la tutela dei consumatori e dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, dell'ordine pubblico, della sicurezza pubblica, dell'incolumità pubblica, della sanità pubblica, della sicurezza stradale, dei lavoratori compresa la protezione sociale dei lavoratori, dei destinatari dei servizi, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela della salute degli animali, della proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale*".

---

Si veda anche il considerando 56: "*Conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la sanità pubblica, la tutela dei consumatori, la salute degli animali e la protezione dell'ambiente urbano costituiscono motivi imperativi di interesse generale. Tali motivi imperativi possono giustificare l'applicazione di regimi di autorizzazione e altre restrizioni. Tuttavia, tali regimi di autorizzazione o restrizioni non dovrebbero discriminare in base alla nazionalità. Inoltre, dovrebbero essere sempre rispettati i principi di necessità e proporzionalità*".

<sup>7</sup> A titolo di esempio, la Corte ha riconosciuto fra i motivi imperativi la protezione dell'ambiente (cfr. sentenza 11 marzo 2010, causa C-348/08, Attanasio Group), la razionale gestione del territorio (cfr. sentenza 1 ottobre 2009, causa C- 567/07, Woningsticting Sint Servatius), la tutela dei consumatori (cfr. sentenza 13 settembre 2007, causa C- 260/2004, Commissione c. Italia).

<sup>8</sup> Si veda anche quanto disposto dall'art. 4 della medesima legge, in tema di indirizzi regionali, ove si fa riferimento ai principi che debbono informare il successivo Regolamento da emanare entro 120 giorni (in particolare, sostenibilità economica, sociale, territoriale ed ambientale del sistema commerciale; localizzazione preferenziale degli interventi commerciali all'interno dei centri storici ed urbani; incentivazione del risparmio di suolo)



Orbene, guardando poi alla normativa risultante dal Regolamento di attuazione della legge regionale, il giudice veneto era chiamato a individuare se le limitazioni poste alla libertà di esercizio dell'attività commerciale all'interno del territorio regionale (e ci si riferisce in particolare alle limitazioni previste per quegli esercizi di superficie media o grande) potessero essere ritenuti conformi alla normativa nazionale di principio, che, come visto, poneva alcuni limiti invalicabili alla limitazione dell'esercizio dell'iniziativa economica commerciale.

L'apposizione di vincoli o oneri di natura amministrativa alla apertura o modifica della natura dell'esercizio commerciale o la presenza di ulteriori oneri aggiuntivi per le strutture di grandi dimensioni sono ritenute dal giudice veneto ammissibili.

E a tale conclusione perviene in ragione del raffronto con quanto già in precedenza affermato dalla giurisprudenza interna e comunitaria.

Da un lato, infatti, ritiene legittimo un controllo preventivo (ossia, la autorizzazione commerciale), in quanto esso sarebbe riconducibile, posta la affermata esigenza di tutela del territorio e valutazione dell'impatto su di esso, a motivi imperativi di interesse generale, e, al contempo, un controllo successivo non potrebbe costituire un controllo altrettanto adeguato, non solo perché non potrebbe costituire uno strumento di tutela idoneo per gli interessi pubblici eventualmente pregiudicati ma costituirebbe uno strumento potenzialmente più lesivo anche nei confronti dell'operatore privato che non sarebbe tutelato negli investimenti e nell'impegno economico realizzato e nell'affidamento ad esso conseguito.

Richiamando succintamente la sentenza della Corte di giustizia C-400/08<sup>9</sup>, il giudice riconosce che nel caso di specie le limitazioni previste dal Regolamento non possono essere ricondotte ad atti di programmazione economica dal momento che si tratta di vincoli posti non al fine di limitare in via generale la libertà economica secondo presupposti di volume o flusso commerciale ma al solo fine salvaguardare esigenze (territorio, ambiente urbano) che possono essere sussunte nella categoria dei motivi imperativi di interesse generale.

D'altra parte il giudice veneto rigetta anche la censura relativa alla supposta esistenza di un regime giuridico differenziato in ragione della superficie del punto vendita<sup>10</sup>. Il discrimine del dato di grandezza, secondo il Tar veneto, non può costituire una alterazione del confronto concorrenziale poiché non è pregiudicato in alcun modo la possibilità per qualsiasi soggetto di risultare destinatario del titolo abilitativo richiesto non venendo così alterato né il principio di uguaglianza né quello di libertà di iniziativa economica privata. In altre parole non sono posti

---

<sup>9</sup> Si tratta delle sentenza del 24 marzo 2011, nella causa C-400/08, Commissione europea c. Regno di Spagna.

<sup>10</sup> Cfr. par. 4 della sentenza in commento.

dalla disciplina regionale vincoli all'entrata tali da alterare il corretto svolgersi della concorrenza.

Neppure è censurabile, sotto il profilo della legittimità costituzionale (come sollevato dal ricorrente), la previsione del pagamento di un onere aggiuntivo per le strutture di vendita non ubicate all'interno di centri storici, dal momento che una disposizione di questo tipo non può essere ritenuta, ad avviso del giudice, astrattamente pregiudizievole bensì conseguenza di una scelta del legislatore regionale assunta sulla base di una valutazione di merito diretta a favorire l'insediamento e l'installazione di strutture di vendita nell'ambito dei centri storici urbani con l'evidente finalità di evitarne l'impoverimento sociale<sup>11</sup>.

#### **4. Il ruolo delle Regioni nella disciplina del commercio e della concorrenza: quale spazio residuo?**

La sentenza in commento offre, infine, la possibilità di compiere alcune considerazioni in relazione allo spazio che viene lasciato alla potestà legislativa ed amministrativa del livello regionale in materia di commercio.

Ben noto è l'orientamento della Corte costituzionale secondo cui la "materia della concorrenza" (art. 117 co. 2 lett. e) posto il suo carattere *finalistico* non è una materia di estensione certa e delimitata ma è configurabile come *trasversale*, e pertanto in grado di influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle Regioni, ed in particolare di intrecciarsi ed interferire con la materia commercio<sup>12</sup>. Tale trasversalità implica che non possa essere preventivamente delimitabile ma debba essere al contrario valutata in concreto al momento dell'esercizio della potestà legislativa sia dello Stato che delle Regioni nelle materie di rispettiva competenza.

D'altra parte, ai sensi dell'art. 117 co. 3 Cost. appartengono alla legislazione concorrente la tutela della salute, il governo del territorio, la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali. Alla legislazione residuale attribuita alle Regioni appartiene invece la materia del commercio. Il legislatore nazionale, non ha peraltro mancato di sottolineare negli ultimi interventi legislativi di natura pro-concorrenziale (visti in precedenza) come la normativa fissata al fine di limitare vincoli e barriere all'esercizio dell'attività commerciale costituisca principio generale dell'ordinamento nazionale e pertanto non superabili o derogabili dalla legislazione di settore a livello regionale (vedi ad es. art. 31 co. 2 d.l. 201/2011).

---

<sup>11</sup> Cfr. par. 4.3 della sentenza in commento.

<sup>12</sup> Cfr. *ex multis*, C.Cost., sentenza n. 104/2014; C. Cost., sentenza n. 38/2013; C. Cost., sentenza n. 291/2012.

Le Regioni si trovano nella condizione di poter intervenire nel ristretto campo che rimane escluso da quello assorbito dalla materia della concorrenza ed entro i vincoli posti dai principi fondamentali (nel caso delle competenze concorrenti); pertanto, in definitiva, solo quando l'intervento in materia di commercio non riguardi profili economici in via generale ma si ponga come strumento di tutela di un interesse differente, meritevole di tutela, costituzionalmente garantito e nel rispetto del criterio di proporzionalità<sup>13</sup>.

### **5. Conclusioni: le Regioni e la disciplina del commercio, un regime di “libertà vigilata”.**

Il giudice amministrativo veneto, nel respingere le censure rivolte al Regolamento regionale relativo agli indirizzi per lo sviluppo del sistema commerciale, ribadisce (salvaguardando) lo spazio di azione in materia di commercio che residua in capo alla Regione. Si tratta di uno spazio considerevole, purché esercitato nei limiti visti in precedenza e nell'alveo della tutela di quegli interessi riconducibili ai motivi imperativi di interesse generale.

Le Regioni pertanto si trovano nella condizione di una “*libertà vigilata*”, ossia titolari di una potestà legislativa erosa e delimitata (sebbene in modo elastico) dalla materia “statale” della concorrenza, che, certamente, mira innanzitutto ad evitare regimi differenziati a livello territoriale e violazioni del principio di parità di accesso all'esercizio dell'attività commerciale.

Le Regioni, così, nella loro posizione di *stakeholder* vicini alle istanze e alle esigenze del territorio e del tessuto sociale, devono arrestarsi, in una sorta di autonomia regolamentata, ogniqualvolta il loro intervento possa determinare una lesione al principio di non discriminazione, applicato, per quanto qui di interesse, all'accesso libero all'attività commerciale.

Avv. Andrea Macchiavello

---

<sup>13</sup> Per ulteriori considerazioni si veda F. GUELLA, *L'inammissibilità costituzionale delle lesioni alla concorrenza da parte delle autonomie e l'ammissibilità dei limiti territoriali, conformativi e specifici, alla liberalizzazione del commercio*, in Forum di quaderni costituzionali, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), dicembre 2014; S. SILEONI, *La liberalizzazione del commercio tra concorrenza statale e reazioni regionali*, in "Le Regioni" 5-6/2012, pp. 921-956.



**Nota a T.a.r. Veneto, sez. III, 1° luglio 2015, n. 766: “Sistema commerciale veneto e liberalizzazioni”.**

**Sommario: 1. Premessa: concorrenza, liberalizzazioni e commercio. – 2. La politica commerciale regionale passa indenne al vaglio di concorrenzialità del T.a.r. - 3. L’indispensabilità del potere autorizzatorio per valutare l’impatto sul territorio generato dalle g.s.v. – 4. Limitazioni territoriali all’insediamento delle g.s.v.: urbanistica e commercio. – 5. Conclusioni: il rischio che l’urbanistica sia “l’anima del commercio” ed il ruolo del giudice amministrativo.**

1. – “*L’anima del commercio*”; sono queste le parole che Flaubert ha dedicato alla voce “*concorrenza*”<sup>1</sup> del suo Dizionario dei luoghi comuni.

La sua ironia rilevava una banalità che definire ancora attuale è sicuramente riduttivo dacché la tutela della concorrenza è ispiratrice di gran parte della recente politica economica, europea e poi nazionale, in materia di commercio; settore che ai fini delle considerazioni che verranno sarà circoscritto all’attività imprenditoriale di vendita al dettaglio, tenendo però sempre a mente che quest’attività, nella dimensione europea, costituisce emblematica manifestazione della libertà di prestazione dei servizi e di quella di stabilimento.

Negli ultimi anni il legislatore nazionale, vuoi perché indotto dal diritto europeo, specie dalla direttiva n. 123/2006 (c.d. Bolkestein) recepita col d.lgs. n. 59 del 2010, vuoi pure in una logica emergenziale “anti-crisi”, ha mostrato una forte tendenza verso la massima liberalizzazione delle attività commerciali mediante un coacervo di disposizioni<sup>2</sup> volte a sopprimere ogni barriera all’ingresso sul mercato degli operatori economici. E l’interesse pubblico (macro-economico) che sostiene detta spinta liberalizzatrice è da rinvenire nella concorrenza, considerata come strumento di crescita economica e al contempo assurta, grazie al ruolo del diritto europeo nella definizione della Costituzione economica, a valore costituzionalmente garantito.

---

<sup>1</sup> V. p. 37 della traduzione del “*Dictionnaire des idées reçues*” pubblicata da Adelphi nel 2012.

<sup>2</sup> Si allude all’art. 3, d.l. n. 128 del 2011, conv. in l. n. 148 del 2011; agli artt. 31 e 34, d.l. n. 201 del 2011 (c.d. “salva Italia”), conv. in l. n. 214 del 2011 (si deve segnalare che all’art. 31, c. 2, sono state aggiunti degli incisi: prima con l’art. 30, c. 5-ter, d.l. n. 69 del 2013, conv. in l. n. 98 del 2013 e poi con l’art. 22-ter, d.l. n. 91 del 2014, conv. in l. n. 116 del 2014); all’art. 1, d.l. n. 1 del 2012 (c.d. “cresci Italia”), conv. in l. n. 27 del 2012; all’art. 12, d.l. n. 5 del 2012, conv. in l. n. 35 del 2012. Il *drafting* di queste disposizioni desta più di qualche perplessità perché tendente allo *slogan* più che all’effettiva disciplina della materia. Se poi si considera che tra i principi generali posti dallo “statuto delle imprese”, l. n. 180 del 2011, vi dovrebbe essere “*il diritto dell’impresa di operare in un contesto normativo certo*”, le perplessità aumentano ancor di più. In dottrina, tra i tanti che hanno commentato le recenti liberalizzazioni v. N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e attività d’impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 603 ss; M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 2012, 507 ss.

Non a caso detti recenti interventi di liberalizzazione sono stati ricondotti dalla Corte costituzionale<sup>3</sup> alla materia, d'esclusiva competenza statale, della "tutela della concorrenza"; materia trasversale e perciò capace di vincolare quella regionale in tema di commercio.

Resta il fatto che la libertà d'impresa, enfatizzata dal più recente assetto normativo statale ma da sempre garantita all'art. 41 Cost.<sup>4</sup>, non è assoluta ma legittimamente assoggettabile a restrizioni e controlli per specifici interessi pubblici (per usare il lessico europeo, "motivi imperativi d'interesse generale"), quali, ad esempio, la tutela della salute, dell'ambiente e del patrimonio culturale, purché nel rispetto del principio di proporzionalità.

Entro questa cornice vanno dunque collocati la l. r. n. 50 del 2012 ("*Politiche per lo sviluppo del sistema commerciale nella regione del veneto*") ed il suo regolamento attuativo di Giunta regionale n. 1 del 2013, coi cui la regione Veneto ha disciplinato l'insediamento delle strutture di vendita al dettaglio su area privata.

2. Il T.a.r. Veneto, con la sentenza n. 766 del 2015 ha recentemente respinto il ricorso con cui Federdistribuzione, un'associazione di categoria rappresentativa della grande distribuzione, lamentava in buona sostanza l'anti-concorrenzialità dell'intera disciplina commerciale regionale perché restrittiva della libertà d'insediamento e d'apertura degli esercizi commerciali.

In particolare, la ricorrente aveva impugnato il regolamento regionale n. 1 del 2013 sostenendone l'integrale illegittimità in via derivata a causa dell'asserita incostituzionalità della l. r. n. 50 del 2012, che ne costituisce il presupposto, per violazione delle recenti disposizioni statali in materia di liberalizzazione delle attività economiche e, comunque, per violazione della competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza.

Tali censure erano altresì dedotte in via autonoma contro il regolamento ma pare evidente che la sua impugnazione fosse strumentale affinché il giudice, apprezzata l'asserita sussistenza di un *fumus* d'incostituzionalità, potesse sollevare un incidente di

---

<sup>3</sup> Cfr., *ex multis*, Corte cost. n. 200 del 2012, commentata da G.U. RESCIGNO, *Come i governanti hanno tentato furbescamente di aggirare la Costituzione e come la Corte ha risposto in modo debole e inadeguato*, in *Giur. cost.*, 2012, 2940 ss., nonché Corte cost. nn. 299 del 2012, commentata da V. ONIDA, *Quando la Corte smentisce se stessa*, in *Giur. cost.*, 2012, 4699 ss.; 8 del 2013 e 38 del 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). In dottrina, v. F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss.

<sup>4</sup> Non solo, il diritto all'iniziativa economica privata è sancito pure all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, c.d. Carta di Nizza (che ai sensi dell'art. 6 TUE ha lo stesso valore giuridico dei Trattati), secondo cui "è riconosciuta la libertà d'impresa. conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali".

legittimità costituzionale della l. r. cit., che peraltro era già stata impugnata in via diretta dal Governo per contrasto, sotto alcuni ben limitati profili, con la disciplina statale in materia d'ambiente<sup>5</sup>.

Com'è facile intuire, principale bersaglio del ricorso di Federdistribuzione sono stati gli ostacoli amministrativi alla libertà d'insediamento degli esercizi commerciali siccome congegnati dalla disciplina regionale. L'allusione è, anzitutto, alla presenza di un regime autorizzatorio per l'apertura di grandi strutture di vendita e, poi, al potere conferito ai comuni di limitare territorialmente il loro insediamento, individuando, in sede di pianificazione urbanistica, le aree idonee ad ospitare dette strutture.

Benché il T.a.r. abbia avallato detti ostacoli perché giudicati avulsi da ragioni economiche e giustificati dall'esigenza di tutelare il territorio, la sentenza offre comunque l'occasione per saggiare la "forza" della libertà d'iniziativa economica in materia commerciale nel sistema veneto. E a tal fine si analizzeranno i principali passaggi motivazionali della sentenza, premettendo però di volta in volta i tratti essenziali degli appena accennati ostacoli amministrativi così da poterne subito cogliere la (possibile) frizione con le recenti liberalizzazioni.

**3.** – La l. r. n. 50 del 2012 assoggetta l'apertura delle strutture di vendita ad un differente titolo abilitativo in ragione delle loro dimensioni: per quelle con superficie di vendita inferiore a 1.500 mq è sufficiente presentare al comune una s.c.i.a. (artt. 17 e 18), mentre per quelle medio-grandi e grandi (rispettivamente con superficie di vendita superiore a 1.500 e 2.500 mq) è necessario ottenere il rilascio di un'autorizzazione commerciale (artt. 18 e 19).

In altri termini, per le prime il controllo pubblico è di tipo successivo all'avvio dell'attività d'impresa secondo il modello generale della s.c.i.a. previsto dall'art. 19, l. n. 241 del 1990; per le seconde, invece, il controllo pubblico è ben più stringente perché di carattere preventivo.

Viepiù che in ragione delle dimensioni della struttura di vendita muta non solo il momento del controllo ma, soprattutto, la sua qualità, cioè il carattere discrezionale o meno del potere amministrativo attribuito all'autorità.

---

<sup>5</sup> Cfr. Corte cost. n. 251 del 2013, in *www.cortecostituzionale.it.*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, l.r. n. 50 del 2012, lì dove non prevede la verifica di assoggettabilità a v.i.a. per i centri commerciali di medie dimensioni.

Infatti, il potere di controllo successivo è totalmente vincolato perché limitato alla (meccanica) verifica della sussistenza dei requisiti posti dalla legge; mentre quello autorizzatorio, volto a verificare *“in concreto l’impatto generato dall’iniziativa commerciale”* (art. 19, c. 5, l. r. cit.), mediante una conferenza di servizi cui partecipano a titolo obbligatorio provincia e regione, è sicuramente discrezionale.

Anzi, per limitare una così ampia discrezionalità, gli artt. 3 e 4 del regolamento attuativo predispongono un analitico sistema “a punti” che subordina il rilascio dell’autorizzazione all’apertura di grandi strutture ad una verifica dapprima *“di compatibilità”* e poi, quando questa abbia avuto esito positivo, *“di sostenibilità”* dell’impatto generato dall’intervento.

La ricorrente ha censurato questa disciplina per violazione delle recenti liberalizzazioni laddove prevede un regime autorizzatorio per l’apertura di strutture con superficie di vendita superiore a 1.500 mq; come a dire che attribuire all’autorità siffatta potestà si risolverebbe in un’ingiustificata barriera all’ingresso nel mercato di nuovi operatori economici.

Il T.a.r è stato però di diverso avviso in quanto *“la realizzazione di una grande struttura di vendita ha un considerevole impatto sul territorio, condizionandone la destinazione e gli sviluppi futuri”* così da rendere necessario *“che i principi in materia di liberalizzazione del commercio siano temperati dalla tutela di un interesse generale, evidentemente inciso dalla realizzazione di una struttura di una tale dimensione. Ne consegue la legittimità di un controllo preventivo, e quindi autorizzatorio, in quanto è parimenti evidente che un controllo successivo [...] non avrebbe potuto costituire una misura idonea a salvaguardare gli interessi pubblici evidentemente pregiudicati dall’effettiva realizzazione dell’opera”*.

Questo condivisibile ragionamento, comunque empiricamente inverato (è fatto notorio quanto l’apertura di un centro commerciale profondamente incida, oltreché sulla viabilità, sull’assetto del territorio), merita qualche approfondimento di più ampio respiro, così da coglierne i presupposti logico-giuridici di matrice europea.

Secondo i principi fissati dalla dir. Bolkestein è possibile subordinare l’accesso ad un’attività di servizio, tra cui figura l’apertura di una struttura di vendita, ad un regime autorizzatorio solamente se questo è giustificato *“da un motivo imperativo d’interesse generale”* e se *“l’obiettivo perseguito non può essere conseguito tramite una misura meno*



*restrittiva, in particolare in quanto un controllo a posteriori interverrebbe troppo tardi per avere reale efficacia” (art. 9).*

Inoltre, in nessun caso il rilascio dell’autorizzazione può subordinarsi ad una “*verifica di natura economica*”, cioè “*all’esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell’attività*” (art. 14, n. 5)).

Del resto, la Corte di giustizia UE, nel ricorso per infrazione (C-400/08<sup>6</sup>) promosso dalla Commissione contro la Spagna, ha ritenuto la disciplina sull’insediamento dei grandi esercizi commerciali in Catalogna contraria alla libertà di stabilimento laddove, tra l’altro, condizionava il rilascio dell’autorizzazione alla loro apertura, oltreché al rispetto di soglie massime attinenti al livello d’insediamento, a valutazioni sull’esistenza di strutture commerciali adeguate nella zona interessata dal nuovo insediamento nonché sugli effetti di quest’ultimo sull’assetto commerciale di tale zona; valutazioni che in quanto “*di natura puramente economica*” non avrebbero potuto integrare motivi imperativi d’ingenerale, con l’effetto di rendere ingiustificato il regime autorizzatorio.

Certo, la direttiva Bolkestein e la Corte di giustizia hanno posto questi principi per tutelare le situazioni transfrontaliere; ma il legislatore nazionale con le recenti liberalizzazioni ha reso questi senz’altro vevoli pure per le situazioni meramente interne, consentendo così agli operatori economici che non si spostano all’interno del mercato comune d’invocarli all’interno dei confini nazionali.

Volendo semplificare, in questo panorama devono mettersi a fuoco due punti fermi: anzitutto, la scelta degli interessi, giammai economici, che legittimamente possono giustificare un controllo pubblico sull’apertura di una struttura di vendita è stata compiuta a livello europeo in nome della garanzia delle libertà di prestazioni di servizi e di stabilimento e questa scelta vincola il diritto nazionale e regionale; in secondo luogo, per soddisfare detti interessi è legittimo un controllo pubblico preventivo (autorizzazione) in luogo di quello successivo (s.c.i.a.) solamente se il primo si rilevasse inidoneo, secondo un giudizio di proporzionalità, a soddisfare l’interesse pubblico confidato alle cure dell’autorità.

Tali punti sembrano essere rispettati dalla politica commerciale veneta che, sotto questo profilo, può effettivamente dirsi conforme ai principi europei e, di conseguenza, alla concorrenzialità che questi assicurano.

---

<sup>6</sup> Consultabile in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) nonché in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011, 479 ss.

Invero, da un lato, il procedimento autorizzatorio è giustificato dal motivo imperativo d'interesse generale della “*tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano*” (dir. 123/06, art. 4, n. 8)) perché volto a valutare non tanto l'impatto economico bensì quello sul territorio (definito giustamente dal T.a.r. “*considerevole*” e tale da condizionarne gli “*sviluppi futuri*”) generato dall'apertura di una grande struttura di vendita. E coerentemente il sistema “a punti” posto dagli artt. 3 e 4 del regolamento individua i criteri per valutare detto impatto e, in particolare, la concreta sostenibilità delle esternalità negative dovute all'insediamento<sup>7</sup>.

Dall'altro, è evidente che un controllo pubblico meno restrittivo, cioè di carattere successivo tramite il modello della s.c.i.a., oltre ad essere incompatibile con la discrezionalità della valutazione da compiere, interverrebbe quando la lesione dell'interesse pubblico tutelato sarebbe ormai irrimediabile, cioè a struttura commerciale già realizzata.

4. Nel percorso motivazionale del T.a.r. Veneto, al rigetto delle censure sulla presenza del regime autorizzatorio appena analizzato, è collegata, senza soluzione di continuità, la disamina dell'altro principale ostacolo amministrativo congegnato dal sistema commerciale regionale, vale a dire le limitazioni territoriali all'insediamento delle strutture di vendita.

Secondo l'art. 21, cc. 1 e 2, l. r. cit. “*le medie strutture con superficie di vendita non superiore a 1.500 mq possono essere insediate in tutto il territorio comunale, purché non in contrasto con le previsioni dello strumento urbanistico comunale*”; mentre “*per le medie strutture con superficie di vendita superiore a 1.500 mq e per le grandi strutture di vendita lo strumento urbanistico comunale localizza le aree idonee al loro insediamento sulla base delle previsioni del regolamento regionale*”, che, peraltro, “*favorisce la localizzazione all'interno del centro urbano*”<sup>8</sup> (art. 2, c. 1, reg.).

Va da sé che per l'insediamento di strutture con superficie superiore ai 1.500 mq. non è sufficiente che nella zona di riferimento sia ammessa la destinazione commerciale o che questa sia compatibile a quelle espressamente ivi previste. È infatti necessario che il piano

---

<sup>7</sup> Oltretutto, l'art. 19, c. 6, l. r. 50 del 2012, per assicurare l'effettiva protezione dell'interesse pubblico che giustifica il controllo preventivo, ha previsto che l'autorizzazione commerciale sia “*condizione necessaria*” del titolo edilizio, evitando così la realizzazione di strutture di vendita, conformi alla disciplina urbanistica, ma che resterebbero inutilizzabili allorché il loro impatto non uscisse indenne dalla verifica di compatibilità e sostenibilità.

<sup>8</sup> Il regolamento regionale impone ai Comuni, quale passaggio preliminare alla localizzazione delle strutture di vendita di perimetrare il centro urbano e di individuare all'interno dello stesso le aree da riqualificare. E tale passaggio ha un ruolo decisivo giacché la localizzazione al di fuori del centro urbano è consentita “*secondo il criterio dell'approccio sequenziale*” (art. 2, cc. 10 e 11), cioè, tra l'altro, solo qualora all'interno dello stesso non vi fossero aree di insediamento disponibili.

ne preveda espressamente la localizzazione, individuando le specifiche aree idonee al loro insediamento.

E, com'è facile intuire, si tratta di una limitazione assorbente perché senza localizzazione<sup>9</sup> nemmeno può porsi il problema, precedentemente analizzato, del regime autorizzatorio per l'apertura della strutture di vendita medio-grandi e grandi.

La ricorrente ha censurato, ancora una volta per violazione delle recenti liberalizzazioni, sia la legge sia il regolamento, laddove consentono siffatte restrizioni territoriali all'insediamento, sostenendo altresì che un regime giuridico differenziato, in ragione alla superficie del punto vendita, integrerebbe un'alterazione del confronto concorrenziale tra operatori.

Anche in questa occasione il T.a.r. è stato di diverso avviso ritenendo “*ammissibile una disciplina regionale che non ha imposto limitazioni di tipo economico ma si è limitata a porre una disciplina idonea a tutelare il territorio e l'ambiente urbano*” e specificando poi, per quanto riguarda la diversità di regime in ragione alla superficie del punto vendita, che “*le disposizioni regolamentari che subordinano il rilascio dell'autorizzazione commerciale delle grandi e medie strutture di vendita ad un'idonea pianificazione, costituiscono attuazione della finalità perseguita dal legislatore regionale di rendere sostenibili gli interventi commerciali*”.

Bisogna però esaminare, ricomponendo in un diverso ordine le argomentazioni della sentenza, com'è stato possibile giungere a queste conclusioni che, parimenti a quanto già s'è detto sul regime autorizzatorio, utilizzano il motivo imperativo d'interesse generale della tutela dell'ambiente urbano come *pass-partout* per giustificare le limitazioni al diritto d'impresa.

Le mosse devono nuovamente prendersi dai principi posti dalla dir. Bolkestein e da quelli enucleati in via pretoria dalla Corte di giustizia (C-400/08) sul rapporto tra libertà di stabilimento e insediamento dei grandi esercizi commerciali.

La direttiva Bolkestein, come già s'è detto, impedendo ogni dirigismo economico, vieta all'autorità di subordinare l'esercizio di un'attività commerciale “*a verifiche di natura economica*”. Questo divieto vale in sede di rilascio dell'autorizzazione, ma se alla fase

---

<sup>9</sup> Diverso invece è il regime giuridico per l'insediamento di queste all'interno dei centri storici ove è sufficiente che la “*destinazione urbanistica sia compatibile*” a quella commerciale (art. 2, c. 2, reg.), senza necessità alcuna previa localizzazione da parte del piano. Oltretutto, ancora una volta in deroga al regime ordinario, la loro apertura, seppur soggetta ad autorizzazione commerciale, prescinde dalla concreta valutazione dell'impatto generato dall'iniziativa commerciale.

autorizzatoria è pregiudiziale una fase di programmazione, il divieto si estende a questa fase, così da evitare ogni sua elusione.

Coerentemente a questi principi, la Corte di giustizia ha ritenuto la disciplina spagnola in contrasto alla libertà di stabilimento anche laddove, prevedendo un'articolata pianificazione, poneva “*limitazioni attinenti all'ubicazione e alle dimensioni dei grandi esercizi commerciali*” per ragioni economiche e non per motivi imperativi d'interesse generale. In altri termini, secondo la Corte, siffatte limitazioni sono ammissibili ma solo se effettivamente finalizzate (e necessarie secondo il principio di proporzionalità) alla “*protezione dell'ambiente*” o “*razionale gestione del territorio*”<sup>10</sup>.

Le liberalizzazioni nazionali, mutuando questi principi, vietano ogni “*pianificazione e programmazione territoriale e temporale autoritativa con prevalente finalità economica*” (art. 1, lett. *b*), d.l. n. 1 del 2012) e, frattanto, consentono alla regione e agli enti locali di prevedere anche “*aree interdette agli esercizi commerciali ovvero limitazioni ad aree dove possono insediarsi attività produttive e commerciali solo qualora vi sia la necessità di garantire la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente ivi incluso quello urbano, e dei bene culturali*” (art. 31, c. 2. d.l. n. 201 del 2011).

Alla luce di tutto ciò, sono condivisibili le conclusioni cui è giunta la sentenza in commento poiché la disciplina regionale, laddove prevede che sia il piano urbanistico a localizzare le strutture di vendita, non può ritenersi *a priori* una limitazione territoriale (ingiustificata) alla libertà d'impresa; anzi, questo potere di localizzazione, attribuito nel rispetto del principio di sussidiarietà al livello di governo più vicino ai cittadini, parrebbe astrattamente congegnato per tutela l'ambiente urbano e per garantire la sostenibilità dell'impatto territoriale dei grandi esercizi commerciali.

Eppure, in questo sistema, ove spetta alla discrezionalità pianificatoria<sup>11</sup> stabilire “*se*”, “*dove*” e “*quante*” grandi strutture potranno insediarsi, è dietro l'angolo il pericolo di scelte solo nominalmente urbanistiche ma nella sostanza economiche perché intrise di

---

<sup>10</sup> V. i §§ 73-85, in particolare § 80.

<sup>11</sup> Sul rapporto tra urbanistica e commercio, tra i tanti contributi successivi al d.lgs. n. 114 del 1998, v. P.L. PORTALURI, *Primaute della pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 233 ss.; G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2003, 707 ss.; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sulla disciplina giuridica dell'insediamento commerciale*, Milano 2000, 87 ss. In giurisprudenza, sull'ampiezza delle finalità del potere di piano v. Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710, secondo cui “*l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, ma devono essere ricostruiti [...] in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo; uno sviluppo [...] che tenga conto, in definitiva, del modello di sviluppo che s'intende imprimere ai luoghi stessi*”.

apprezzamenti circa l'effetto di nuovi insediamenti sulla rete distributiva esistente. Le scelte di piano potrebbero infatti essere sviate perché finalizzate, anche indirettamente, a tutelare i c.d. *incumbents*, cioè gli operatori già presenti nel territorio comunale (siano essi, a seconda dei casi, il complesso dei piccoli commercianti oppure gli operatori economici della grande distribuzione) oppure a garantire l'adeguatezza dell'offerta, anche di alcuni specifici prodotti, nello stesso territorio.

La sentenza non può però biasimarsi per non aver affrontato questo aspetto giacché il ricorso contestava l'intera disciplina regionale nella sua astrattezza, senza nemmeno dedurre specifiche censure contro il regolamento lì dove detta i criteri (art. 2) per la localizzazione delle grandi strutture, peraltro favorendola all'interno dei centri urbani.

Ad ogni buon conto, *pro futuro*, spetterà allo stesso T.a.r., seguendo l'apprezzabile orientamento di alcuna recente giurisprudenza<sup>12</sup>, sindacare incisivamente le restrizioni territoriali poste dai piani urbanistici sì da concretamente verificare se queste, invece di costituire un'inammissibile barriera anticoncorrenziali, siano giustificate da motivi imperativi d'interesse generale inerenti al governo del territorio.

5. A mente dell'analisi svolta, sono possibili alcune riflessioni conclusive sulla "forza" della libertà d'impresa in materia commerciale nel sistema veneto; "forza" che naturalmente si misura in base alla sua capacità di prevalere sull'autorità, cioè su quel complesso di poteri pubblici potenzialmente in grado di limitarla. Si potrebbe anche dire, "forza" che riflette il valore degli interessi in conflitto.

Come s'è visto, gli ostacoli amministrativi alla libertà d'impresa posti dalla politica regionale si danno vicendevolmente luce perché tendono al medesimo fine: garantire che il territorio possa sostenere le esternalità negative legate all'apertura di grandi strutture di vendita, attribuendo a tal fine all'autorità il potere di valutarne l'impatto anzitutto potenziale (in sede di pianificazione urbanistica con la localizzazione delle aree idonee al loro insediamento) e poi effettivo (in sede di rilascio dell'autorizzazione commerciale).

La concorrenzialità del sistema non pare quindi frustrata giacché le barriere d'accesso al mercato trovano giustificazione, almeno astrattamente, nel motivo imperativo d'interesse

---

<sup>12</sup> Cfr. T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 10 ottobre 2013, n. 2271, con commento di E. BOSCOLO, *La regolamentazione del commercio: barriere di ordine territoriale e tecniche di liberalizzazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 1179 ss. e di A. TRAVI, *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero, "il diritto preso sul serio"*, in *Urb. app.*, 2014, 97 ss.; T.a.r. Emilia Romagna, Parma sez. I, 15 gennaio 2015, n. 6, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Offre altresì interessanti spunti di riflessione Corte cost. n. 38 del 2013, cit., che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi alcuni articoli della l. prov. autonoma di Bolzano n. 7 del 2012, lì dove precludevano l'esercizio del commercio al dettaglio in aree a destinazione artigianale e industriale, in assenza di plausibili esigenze di tutela ambientale che potessero giustificare il divieto.

generale della tutela dell'ambiente urbano, previsto dalla direttiva Bolkestein e mutuato dalle recenti liberalizzazioni. V'è però da dire che la difficoltà ad individuare l'esatta portata di questi (generalissimi) motivi imperativi potrebbe rendere ogni restrizioni giustificata e al contempo insindacabile perché inerente al merito dell'azione amministrativa.

Allora la concorrenzialità del sistema sarebbe addirittura impalpabile e naturalmente la libertà d'impresa diverrebbe senz'altro recessiva di fronte all'autorità, o meglio ai poteri dell'autorità, cui è confidata la cura di questi motivi imperativi d'interesse generale.

Questo problema s'acuisce soprattutto lì dove la legge attribuisce al piano il potere di localizzare le aree idonee all'insediamento di strutture di vendita con superficie superiore a 1.500 mq. È evidente infatti il rischio che il piano, piuttosto che conformare la proprietà, possa inammissibilmente conformare l'iniziativa economica, inibendo così il disegno liberalizzante europeo e nazionale. Giocando sulle parole di Flaubert, si corre il rischio che sia l'urbanistica (sviata) e non la concorrenza ad essere "*l'anima del commercio*".

E che presidio da questo pericolo oltre alla speranza di una "buona" amministrazione? Come già s'è accennato, in questo contesto spetta al giudice amministrativo<sup>13</sup>, ormai giudice non solo degli interessi legittimi ma pure di quelli economici, presidiare la libertà d'impresa, così da tutelare la concorrenzialità complessiva del sistema.

A tal fine il sindacato sulle scelte urbanistiche, qualora queste incidano sull'insediamento delle strutture di vendita, dovrebbe essere "speciale", allontanandosi dalla sua ordinaria debolezza<sup>14</sup>. Sicché questo sindacato, una volta appurata l'effettiva sussistenza nel caso di specie di motivi imperativi d'interesse generale che giustificerebbero la restrizione territoriale, anziché accontentarsi dovrebbe divenire di proporzionalità e quindi involgere la sua necessarietà, cioè l'impossibilità di raggiungere il medesimo risultato con misure meno restrittive della libertà d'impresa, e la sua proporzionalità in senso stretto, vale a dire l'adeguatezza della scelta rispetto a tutti gli interessi pubblici e privati in gioco.

Avv. Riccardo Bertoli

---

<sup>13</sup> In un processo che è stato suggestivamente definito da A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013 965, non solo "*protagonista della vicenda economica*" ma pure "*lo scenario in cui si scontrano mercato e potere*". Meno di recente cfr. le riflessioni di F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano 2010, 317, secondo cui "*è al giudice che spetta la sintesi dei valori in gioco, sicché senza la sua opera è piuttosto difficile raggiungere un trade off soddisfacente tra liberalizzazioni e intervento pubblico*".

<sup>14</sup> Non può che condividersi il pensiero di E. BOSCOLO, *La regolamentazione*, cit., 1190, secondo cui "*il giudice amministrativo è pienamente attrezzato a risalire alla ratio (sul piano teleologico dell'interesse pubblico) di ciascuna norma di piano, onde identificare quelle che illegittimamente si prefiggono obiettivi di regolazione economica*".

**Commento all'ordinanza n. 00879/2015 Reg.Prov.Coll., n.. 01812/2014 Reg.RIC TAR VENETO depositata in data 4.8.2015**

Il TAR Veneto, Sez. II , con ordinanza 4 agosto 2015 n. 879 ha rimesso alla Corte di Giustizia U.E. le seguenti questioni pregiudiziali:

1. *“se il paragrafo 3, dell’art. 3, della direttiva 2001/42/CE nella parte in cui si riferisce anche alla fattispecie contemplata dal paragrafo 2, lett. b) del medesimo articolo, sia valido, alla luce delle norme in materia ambientale del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea e della Carta dei diritti fondamentali, nella parte in cui sottrae da una sottoposizione sistematica di valutazione ambientale strategica piani e programmi per i quali sia stata ritenuta necessaria una valutazione di incidenza ai sensi degli articoli 6 e 7 della direttiva 92/43/CEE”*

2. *“se i paragrafi 2 e 3 dell’art. 3 della direttiva 2001/42/CE, letti alla luce del decimo “considerando” della medesima direttiva, per il quale “tutti i piani e i programmi per i quali è stata prescritta la valutazione ai sensi della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, potrebbero avere effetti significativi sull’ambiente e dovrebbero di norma essere oggetto di una valutazione ambientale sistematica” vanno interpretati nel senso che ostano ad una normativa, come quella nazionale che, per definire la nozione di “piccole aree a livello locale” di cui all’art. 3, paragrafo 3, della direttiva 2001/42/CE, fa riferimento a dati meramente quantitativi”.*

3. *“se i paragrafi 2 e 3 dell’art. 3, della direttiva 2001/42/CE, letti alla luce del decimo “considerando” della medesima direttiva, per il quale “tutti i piani e i programmi per i quali è stata prescritta la valutazione ai sensi della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, potrebbero avere effetti significativi sull’ambiente e dovrebbero di norma essere oggetto di una valutazione ambientale sistematica”, vanno interpretati nel senso che ostano ad una normativa, quale quella nazionale, che sottrae dall’assoggettamento automatico ed obbligatorio della procedura di valutazione ambientale strategica tutti i progetti di sviluppo di aree urbane, nuove o in estensione, interessanti superfici fino ai 40 ettari, ovvero i progetti di riassetto o sviluppo di aree urbane all’interno di aree urbane esistenti che interessano superfici fino a 10 ettari, nonostante, in considerazione dei possibili effetti sui siti, sia già stata ritenuta per essi necessaria una valutazione di incidenza ai sensi degli articoli 6 e 7 della direttiva 92/43/CEE”.*

La vicenda sottesa alla pronuncia in analisi trae origine da una delibera del Commissario Straordinario del Comune di Venezia, con la quale – in conformità al parere della Commissione Regionale Vas - è

stato approvato il Piano di Recupero per la realizzazione di un intervento urbanistico nella ex colonia di Ca' Roman. L'area interessata dal piano attuativo è una zona di notevole interesse pubblico ai sensi della legge 29.6.1939, n. 1497, giusto decreto del Ministero per la pubblica Istruzione 26 marzo 1956, la quale, per le sue valenze naturalistiche, è inserita nella rete ecologica europea Natura 2000 e costituisce la porzione meridionale del SIC/ZPS IT3250023 "Lido di Venezia: biotopi litoranei" ed è contiguo al SIC/ZPS IT3250046 "Laguna di Venezia" e al sito di importanza comunitaria IT325030 "Laguna medio inferiore di Venezia". In tal luogo è stata altresì istituita una riserva regionale di interesse locale da parte della Giunta Provinciale di Venezia.

Il provvedimento summenzionato si inserisce all'interno di un articolato contenzioso, avviato su impulso di un'associazione ambientalista, avente ad oggetto il mancato rispetto, nella fase di approvazione del piano, dell'iter procedurale previsto dal legislatore nella sottoposizione a VAS.

Il primo ricorso veniva dichiarato improcedibile da parte del Tar Veneto <sup>(1)</sup>, in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale <sup>(2)</sup> con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 40, comma 1, della legge regionale 6 aprile 2012, n. 13, che aveva giustificato l'esenzione dalla procedura di VAS <sup>(3)</sup>. In seguito a ciò la proponente presentava alla Regione Veneto una nuova istanza di assoggettabilità alla procedura di valutazione ambientale strategica, all'interno della quale la Commissione regionale competente si esprimeva nel senso che il piano non necessitava della valutazione ambientale strategica: riteneva, infatti, sufficiente la mera verifica di assoggettabilità, in quanto lo stesso, pur rientrando nella fattispecie di cui all'art. 6, comma 2, lett. b), del d.lvo 3 aprile 2012, n. 152 – che riproduce l'art. 3, paragrafo 2, lett. b) della direttiva 2001/42/CE - riguarda l'uso di piccole aree a livello locale che sono assoggettabili alla procedura di valutazione solo se producono effetti significativi sull'ambiente. Nel caso di specie non riscontrabili. Si noti, inoltre, come lo strumento attuativo fosse già stato sottoposto – così come previsto, a meri fini cautelativi, dal P.R.G – alla procedura di VINCA, conclusasi con parere favorevole, escludendo la presenza di effetti pregiudizievoli sull'ambiente.

---

<sup>1</sup> TAR Veneto, sez. II, 20 marzo 2014, n. 365.

<sup>2</sup> Corte Cost., 29 marzo 2013, n. 58

<sup>3</sup> La disposizione in questione prevedeva che *“Nelle more dell'adozione della normativa di cui al comma 1 e in attuazione dell'articolo 16, ultimo comma, della legge 17 agosto 1942, n. 1150 “Legge urbanistica”, come modificato dall'articolo 5, comma 8, del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 “Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia” convertito, con modificazioni, in legge 12 luglio 2011, n. 106:*

*a) i piani urbanistici attuativi (PUA) di piani urbanistici generali non assoggettati a Valutazione ambientale strategica (VAS) e gli accordi di programma, sono sottoposti a VAS, solo nel caso in cui prevedano progetti o interventi sul territorio riconducibili agli elenchi contenuti negli Allegati II, III e IV della parte II del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152;*

*b) sono sottoposti a VAS i piani urbanistici attuativi (PUA) di piani urbanistici generali già sottoposti a VAS, qualora prevedano la realizzazione di progetti o interventi di cui agli Allegati II, III e IV della parte II del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 non previsti o non valutati in sede di approvazione del piano urbanistico di cui costituiscono attuazione”.*



A ciò seguiva l'adozione del Piano tramite la delibera già citata in narrativa e la preposizione di un nuovo ricorso, sempre da parte dell'associazione, avente ad oggetto la suddetta approvazione unitamente ad altri atti della procedura.

Ciò premesso, il Tar Veneto, nell'affrontare la questione sottoposta alla propria attenzione, rilevava come il primo motivo di censura proposto dalla ricorrente – contestante la mancata sottoposizione del piano alla asserita VAS obbligatoria – dovrebbe essere respinto applicando letteralmente il disposto dell'art. 3, paragrafo 2, lett. b) della direttiva 2001/42/CE <sup>(4)</sup> e della normativa nazionale di recepimento. Tuttavia il Collegio riteneva che la suddetta questione avesse una portata più ampia e di pregiudiziale interesse rispetto agli altri motivi di ricorso.

Per tale ragione lo stesso formulava la prima delle questioni pregiudiziale – così come riportata in apertura della presente disamina - al fine di sottoporre all'attenzione della CGUE la problematica relativa alla validità dell'art. 3, par. 2, lett. b) della direttiva 2001/42/CE con gli obiettivi e i principi affermati dall'art. 191 TFUE.

La questione predetta impone la preliminare disamina dei principi contenuti nella direttiva 2001/42/CE al fine di valutare la completezza dei meccanismi che regolano il procedimento di VAS e di valutare il livello di tutela fornito dalla stessa disciplina nella cura degli interessi ambientali.

Orbene, l'obiettivo della diretta in questione è definito nell'art. 1 e consiste nel garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e nel *“contribuire all'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione e dell'adozione di piani e programmi al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile, assicurando che, ai sensi della presente direttiva, venga effettuata la valutazione ambientale di determinati piani e programmi che possono avere effetti significativi sull'ambiente”* <sup>(5)</sup>.

La VAS è finalizzata, pertanto, a garantire che gli effetti sull'ambiente di determinati piani e programmi siano considerati durante l'elaborazione e prima dell'adozione degli stessi, allo scopo di anticipare, nella fase di pianificazione e programmazione, la valutazione di compatibilità ambientale e di garantire un'effettiva valutazione comparativa <sup>(6)</sup>. Si ritiene che la procedura di VAS preveda una clausola tacita avente ad oggetto la considerazione dei valori ambientali coinvolti nella programmazione, sebbene essa sia formalmente finalizzata alla cura esclusiva degli interessi di stretto rilievo urbanistico <sup>(7)</sup>.

---

<sup>4</sup> Il paragrafo in questione prevede che: *“Fatto salvo il paragrafo 3, viene effettuata una valutazione ambientale per tutti i piani e i programmi:*

*a) che sono elaborati per i settori agricolo, forestale, della pesca, energetico, industriale, dei trasporti, della gestione dei rifiuti e delle acque, delle telecomunicazioni, turistico, della pianificazione territoriale o della destinazione dei suoli, e che definiscono il quadro di riferimento per l'autorizzazione dei progetti elencati negli allegati I e II della direttiva 85/337/CEE, o*

*b) per i quali, in considerazione dei possibili effetti sui siti, si ritiene necessaria una valutazione ai sensi degli articoli 6 e 7 della direttiva 92/43/CEE”.*

<sup>5</sup> Cfr. art. 3, par. 1, n. 3.

<sup>6</sup> R. FERRARA, *La Tutela dell'ambiente*, Torino, 2006, 202.

<sup>7</sup> R.FERRARA, *Introduzione*, in R. FERRARA (a cura di), *La valutazione di impatto ambientale*, Padova, 2000, 2.

La VAS di impatto ambientale, infatti, è diretta a promuovere il c.d. sviluppo sostenibile <sup>(8)</sup>, costituente uno dei principi cardine posto a fondamento delle azioni e delle politiche dell'Unione in materia ambientale e non solo. Il concetto di sostenibilità, in questa accezione, viene collegato alla compatibilità tra sviluppo delle attività economiche e salvaguardia dell'ambiente.

Per quanto attiene la fase procedurale, invece, la Direttiva fissa, a livello comunitario, i principi generali del sistema di valutazione ambientale, riconoscendo agli Stati membri il compito di definire i dettagli, nel rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità dell'azione comunitaria.

Agli Stati membri, pertanto, viene riconosciuto un margine di apprezzamento discrezionale, un esempio di ciò si riscontra in relazione a tutti quei piani e programmi di cui all'art. 3, par. 2, della direttiva, aventi ad oggetto l'uso di piccole aree a livello locale, ove la VAS è necessaria solo dopo la valutazione, da parte degli stessi, degli effetti significativi che i medesimi piani e programmi potrebbero sortire sull'ambiente.

Il potere deve essere esercitato caso per caso, secondo i criteri di cui all'allegato II <sup>(9)</sup>; a riguardo si noti come il nostro legislatore nazionale abbia pedissequamente riprodotto i contenuti degli allegati in questione e riportato gli stessi nella legislazione interna, utilizzando i medesimi nello svolgimento della suddetta attività di valutazione.

Per quanto attiene, invece, al regime giuridico applicabile alla VAS, si rileva come la stessa si estrinsechi in un passaggio endoprocedimentale che consiste nell'espressione di un "parere" sulla sostenibilità ambientale della pianificazione medesima, non costituendo, pertanto, un procedimento autonomo distinto dal procedimento principale di approvazione del piano/programma oggetto di VAS <sup>(10)</sup>.

Il suddetto parere si attua, a seconda dei casi, attraverso due modalità differenti: si distingue, infatti, tra piani e programmi che sono soggetti direttamente a VAS, c.d. vas obbligatoria, e quelli per i quali viene effettuata in via preliminare una verifica di assoggettabilità (o screening), ossia una procedura preliminare finalizzata ad accertare se un piano o un programma debbano meno essere assoggettato alla procedura di VAS.

---

<sup>8</sup> Secondo la definizione proposta dalla Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo (Commissione Brundtland) del Programma delle Nazioni Unite, nel 1987, per sviluppo sostenibile si intendeva uno sviluppo in grado di assicurare «il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri». Tale concetto è stato poi ribadito dalla Convenzioni nazionali successive a ciò (ad esempio Conferenza di Rio del 1992 e di Johannesburg del 2002) ed è stato poi recepito anche dalla legislazione europea in materia.

<sup>9</sup> *Ex multis*: la probabilità, la durata, la frequenza e la reversibilità dei suddetti; i rischi per la salute umana e per l'ambiente; l'entità e l'estensione nello spazio degli effetti; il valore e la vulnerabilità dell'area che potrebbe essere interessata, in relazione alle speciali caratteristiche naturali o del patrimonio culturale, al superamento dei livelli di qualità ambientale o dei valori limite e agli effetti su aree o paesaggi riconosciuti come protetti a livello nazionale, comunitario o internazionale.

<sup>10</sup> Consiglio di Stato, 28 luglio 2011, n. 13; TAR Umbria, 15 maggio 2015, n. 209.

Sono sottoposti a Verifica di Assoggettabilità a VAS i piani ed i programmi che comportano modifiche minori o interessano piccole aree di uso locale e che ricadono nell'ambito di applicazione della VAS ovvero: a) che sono elaborati per la valutazione e gestione della qualità dell'aria ambiente, per i settori agricolo, forestale, della pesca, energetico, industriale, dei trasporti, della gestione dei rifiuti e delle acque, delle telecomunicazioni, turistico, della pianificazione territoriale o della destinazione dei suoli, e che definiscono il quadro di riferimento per l'approvazione, l'autorizzazione, l'area di localizzazione o comunque la realizzazione dei progetti elencati negli Allegati II, III e IV del D.Lgs 152/2006 e s.m.i.; b) per i quali, in considerazione dei possibili impatti sulle finalità di conservazione dei siti designati come zone di protezione speciale per la conservazione degli uccelli selvatici e quelli classificati come siti di importanza comunitaria per la protezione degli habitat naturali e della flora e della fauna selvatica, si ritiene necessaria una valutazione d'incidenza ai sensi dell'art. 5 del D.P.R. 357/1999 e s.m.i.

Infine, la procedura di verifica di assoggettabilità a VAS si può concludere con 2 esiti: da assoggettare a VAS, da non assoggettare a VAS con/senza prescrizioni. In quest'ultimo caso il proponente è tenuto ad ottemperare alle stesse trasmettendone i riscontri ai soggetti preposti alla verifica e al controllo con le modalità e i tempi indicati nella prescrizione.

Da ciò ne consegue che non si può escludere la VAS a priori, ma solo dopo una adeguata ed approfondita istruttoria di verifica (<sup>11</sup>).

Ciò posto, si rileva come nella vicenda sottostante alla pronuncia in analisi non è stato oggetto di specifica censura il mancato esperimento della VAS a seguito della verifica di assoggettabilità e pertanto i profili inerenti al rapporto tra i suddetti procedimenti esulano dal rinvio in esame e dal sindacato del Collegio.

Tuttavia, l'aspetto particolare che necessita di un approfondito vaglio di legittimità da parte della CGUE riguarda il paragrafo 3 dell'art. 3 della direttiva, il quale ritiene sufficiente la mera verifica di assoggettabilità nei casi di piccole aree a livello locale, valutando in particolare l'idoneità della tutela offerta da siffatta procedura in relazione ai piani e programmi rientranti nella lett. b) art. 2, par. 2, del testo in questione.

Per quanto riguarda quest'ultimi, si tratta di tutti quei piani e programmi per i quali è stata prescritta la valutazione di incidenza ai sensi della direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche (<sup>12</sup>).

La valutazione d'incidenza (VINCA), in particolare, disciplinata attualmente dall'art.6 del D.P.R. 120/2003, è fondata sul principio a carattere generale secondo cui nella pianificazione e programmazione territoriale si deve tenere conto della valenza naturalistico-ambientale dei proposti siti

---

<sup>11</sup> In conformità a ciò: CGUE, 22 settembre 2011, C-295/10.

<sup>12</sup> Lo Stato Italiano ha recepito la c.d. direttiva Habitat con il D.P.R. 8 settembre 1997, n. 357, tale decreto è stato oggetto di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea che ha portato alla sua modifica ed integrazione da parte del D.P.R. 12 marzo 2003 n.120 al fine di adeguarlo alle disposizioni comunitarie.

di importanza comunitaria, dei siti di importanza comunitaria e delle zone speciali di conservazione. Andranno sottoposti a valutazione d'incidenza tutti i piani territoriali, urbanistici e di settore, ivi compresi i piani agricoli e faunistico-venatori e le loro varianti. Al fine di individuare e valutare gli effetti che il piano può avere su un sito, i proponenti dei piani dovranno predisporre un apposito studio, secondo i contenuti dell'allegato G al DPR 357/97 <sup>(13)</sup>. Più precisamente, tali piani devono tenere conto della presenza dei siti Natura 2000 nonché delle loro caratteristiche ed esigenze di tutela. Per gli interventi/progetti già assoggettati alla procedura di Valutazione d'Impatto Ambientale, la valutazione d'incidenza viene ricompresa nella procedura di VIA, lo stesso sembra verificarsi anche per quanto attiene alla VAS. Tuttavia tale principio viene derogato nei casi determinati dal combinato disposto dell'art. 3, par. 2 lett b) e par. 3, ove si verifica l'effetto opposto, ossia risulta, sul piano pratico, essere la stessa VINCA ad "assorbire" la VAS.

Scendendo nel dettaglio della procedura di VINCA, si noti come la stessa sia costituita da un percorso di analisi e valutazione progressiva, composta da 4 fasi principali: una di verifica (screening), con oggetto la possibile incidenza su un sito della rete Natura 2000 che porta all'effettuazione di una valutazione d'incidenza completa qualora l'incidenza risulti significativa; una di valutazione completa di analisi dell'incidenza del piano o del progetto sull'integrità del sito; una di analisi di soluzioni alternative per raggiungere gli obiettivi del progetto o del piano, evitando incidenze negative sull'integrità del sito; ed, infine, una fase di definizione di misure di compensazione e di individuazione di azioni, in grado di bilanciare le incidenze previste, nei casi in cui non esistano soluzioni alternative o le ipotesi proponibili presentino comunque aspetti con incidenza negativa, ma per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico sia necessario che il progetto o il piano venga comunque realizzato.

Si badi però come i passaggi successivi fra le varie fasi non sono obbligatori, ad esempio, se le conclusioni alla fine della fase di verifica indicano chiaramente che non ci potranno essere effetti con incidenza significativa sul sito, non occorre procedere alla fase successiva.

E' evidente, pertanto, come la procedura in questione sia strutturata in modo da garantire il più elevato grado di tutela dei siti a valenza naturalistica-ambientale, tuttavia il deficit della stessa si riscontra proprio nella mancanza di un apposito obbligo che imponga lo svolgimento di tutte le fasi predette, garantendo, pertanto, un livello di tutela elevato in quanto ottenuto all'esito di un'approfondita valutazione comparativa (così come avviene per la VAS).

*Nulla quaestio*, pertanto, in tutti quei casi in cui i progetti/piani soggetti a VINCA saranno poi sottoposti anche alla VAS, mentre più problematici risultano i casi quando non vi siano gli estremi per sottoporli a ciò: in questi casi la valutazione di incidenza deve comunque essere realizzata, producendo una documentazione adeguata a consentire una valutazione sufficientemente motivata.

---

<sup>13</sup> Manuale per la gestione dei siti Natura 2000, 18 in [www.minambiente.it](http://www.minambiente.it).

Ed è proprio tale aspetto che potrebbe essere utile per sciogliere il nodo gordiano caratterizzante la questione pregiudiziale sottoposta alla CGUE. Solo dalla comparazione delle due procedure si potrebbe, infatti, valutare il grado di compatibilità delle stesse ai principi e agli obiettivi dell'Unione europea in materia ambientale. E tale comparazione dovrà essere condotta in considerazione di due particolari aspetti, caratterizzanti i suddetti casi problematici.

In primo luogo il fatto che deve essere garantita un'efficace tutela della rete Natura 2000, in conformità altresì di quanto previsto dal primo considerando della direttiva 92/43/CEE, il quale sancisce *"che la salvaguardia, la protezione e il miglioramento della qualità dell'ambiente, compresa la conservazione degli habitat naturali e della flora e della fauna selvatiche, costituiscono un obiettivo essenziale di interesse generale perseguito dalla Comunità"*.

In secondo luogo la sufficienza del riferimento ad un dato meramente quantitativo, ossia il riferimento a "piccole aree" per l'individuazione delle procedure di tipo ambientale applicabili.

La mancata valutazione di questi aspetti, infatti, non sarebbe idonea a soddisfare quell'elevato livello di tutela, fondato sui principi di precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, richiesti dall'art. 191 TFUE <sup>(14)</sup> e dall'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea .

In particolare l'attenzione deve essere posta sul secondo di questi aspetti, il quale costituisce altresì oggetto delle due ulteriori questioni interpretative da sottoporre alla CGUE nel caso in cui ad esito della prima questione si affermi la validità dell'art. 3, par. 3, della direttiva. La questione verte sul fatto se la nozione di "piccole aree" legittimi l'esistenza di una normativa nazionale, come la nostra, che per qualificarle fa riferimento solo a dati meramente quantitativi.

Secondo il Collegio, infatti, la normativa nazionale individuerrebbe tale limite solo nel senso suddetto, nel pieno della libertà discrezionale assegnata dalla direttiva, la quale non definisce il significato di "piccole aree"; mentre, a rigore di quanto fin'ora esposto e alla luce della tutela dei principi di diritto contenuti nell'art. 191 TFUE, la suddetta nozione dovrebbe essere interpretata non in senso letterale, ma tenendo in considerazione l'impatto su determinati siti di particolare rilevanza, prescindendo dalla superficie dell'area occupata dall'intervento.

A riguardo significativa - in quanto esprime un orientamento contrario rispetto a quello menzionato dal Collegio - risulta una recente pronuncia della Corte Costituzionale <sup>(15)</sup>, la quale relativamente alla

---

<sup>14</sup> La norma in questione, al primo comma, prevede che: *"La politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi:*

- *salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente,*
- *protezione della salute umana,*
- *utilizzo accorto e razionale delle risorse naturali,*
- *promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici"*.

<sup>15</sup> Corte Cost., 11 luglio 2014, n. 197.

applicabilità della VAS ai piani minori su piccole aree, ha statuito come: *“la necessità del ricorso alla procedura di VAS o di assoggettabilità dipenda, non già da un dato meramente quantitativo riferito alle dimensioni di interventi la cui inoffensività sull'ambiente sia aprioristicamente ed astrattamente affermata in ragione della loro modesta entità, bensì dalla accertata significatività dell'impatto sull'ambiente e sul patrimonio culturale che detti interventi (seppure non estesi) concretamente hanno capacità di produrre (come espressamente previsto dal comma 1 dell'art. 6 del DLgs. n. 152 del 2006)”*.

Tale pronuncia sembra pertanto aderire a quella opzione interpretativa secondo cui la nozione predetta non dovrebbe essere valutata in senso letterale, riferendosi alla sola dimensione della superficie interessata dall'intervento, ma in senso ampio ed estensivo, in modo che il legislatore nazionale nel fissare le soglie oltre le quali la valutazione ambientale é obbligatoria non possa fare riferimento ad un criterio meramente quantitativo, ma debba ricorrere alla valutazione di elementi descrittivi delle caratteristiche del piano o del programma, vista la particolare delicatezza di determinati siti, come quelli inseriti nella rete ecologica europea Natura 2000.

Tuttavia, il Collegio rileva correttamente il dato di fatto secondo cui la normativa nazionale sottrae all'assoggettamento automatico ed obbligatorio della procedura di valutazione ambientale tutti i progetti di sviluppo di aree urbane o superfici fino a 40 ettari e fino a 10 ettari per progetti di riassetto o sviluppo di aree urbane all'interno di aree urbane esistenti, ritenendo sufficiente, in questi casi, la valutazione di incidenza. In questo modo si verificherebbe una sorta di presunzione *ex lege* che sottrae dalla procedura ordinaria di VAS tutti quei piani e programmi aventi le suddette caratteristiche, eliminando del tutto il riferimento alla disposizione di cui all'art. 2, comma 1, direttiva 2001/42/CE, secondo la quale devono essere soggetti a VAS i piani e programmi che possono avere effetti significativi sull'ambiente.

A riguardo si noti come la stessa CGUE (<sup>16</sup>) – rifacendosi alla giurisprudenza ormai consolidata sul punto – ricorda che il margine discrezionale di cui dispongono gli Stati membri per determinare i tipi di piani che potrebbero o meno avere effetti significativi sull'ambiente trova i suoi limiti nell'obbligo enunciato dalla direttiva VAS all'art. 3, par. 3, letto in combinato disposto con il paragrafo 2 della medesima disposizione, che prevede la necessità di sottoporre a VAS i piani che potrebbero avere effetti significativi sull'ambiente segnatamente per le loro caratteristiche, il loro impatto e le zone che potrebbero esserne coinvolte. Di conseguenza, nel caso in cui lo Stato membro dovesse fissare un criterio avente come effetto pratico di sottrarre certe categorie di piani e programmi all'obbligo di VAS eccederebbe il margine di discrezionalità di cui dispone ai sensi dell'art.3, par. 5, della direttiva in questione, salvo ovviamente che le caratteristiche in concreto dei medesimi escluda la produzione di un significativo impatto ambientale.

---

<sup>16</sup> CGUE, 18 aprile 2013, procedimento C463-11.

Alla luce di ciò ne consegue che violerebbe, ad esempio, la direttiva 2001/42/CEE sia una normativa che escluda una intera categoria astratta di piani/programmi che per soglia di estensione non sono sottoponibili a VAS, sia la non adeguata motivazione nell'esclusione dalla VAS di un piano/programma su aree locali minori.

Traendo le debite conclusioni da quanto fin'ora emerso si ritiene che, per quanto riguarda la prima questione oggetto di rinvio pregiudiziale, la CGUE, nel vagliare la legittimità dell'art. 3, par. 3, della direttiva 2001/42/CE, dovrà, alla luce dei principi generali in tema di diritto ambientale previsti all'art. 191 CGUE, comparare la procedura di VINCA e di VAS per valutare se, l'interscambiabilità delle stesse, in relazione a determinati piani e programmi, offra un adeguato livello di tutela. Ciò in special modo in relazione a tutte quelle aree, come quelle appartenenti alla rete Natura 2000 che, per le loro caratteristiche, necessitano di tutela maggiore.

Si auspica che, nel condurre la suddetta analisi, vengano tenute in considerazione, in particolar modo, le fasi attuative delle suddette procedure, comparando gli esiti ottenuti dallo svolgimento delle stesse. Nel caso in cui, comunque, la CGUE si esprimesse affermando la validità della suddetta questione, si riterrebbe necessario che la stessa indicasse delle prescrizioni vincolanti per gli Stati membri in relazione l'obbligo, da parte degli stessi, di fornire una motivazione dettagliata in tutti quei casi in cui si ritenga sufficiente concludere il procedimento anticipatamente, già alla fase di valutazione di incidenza ambientale.

Si ritiene infatti che i deficit connessi alla disposizione in questione potrebbero essere superati e sanati solo dalla presenza di un'approfondita e circostanziata motivazione che escluda la necessità di procedere con la VAS ovvero ritenga sufficiente la VINCA (e la verifica di assoggettabilità), anche sottoposta all'obbligo di adempiere a determinate prescrizioni. Prescrizione che, dovrebbero essere pedissequamente seguite dalle Autorità amministrative competenti ad adottare il Piano finale. Tale severità altresì risulta necessaria al fine di evitare di incorrere in quell'inghippo, verificatosi nella vicenda sottesa al caso in analisi, ove, non sono state tenute in considerazione le modifiche, sollecitate dalla stessa Commissione Vas, alla precedente approvazione. Rinchiudendo, altresì, il procedimento all'interno di un circolo vizioso che ha praticamente reintrodotta la medesima situazione antecedente alla dichiarazione di incostituzionalità della legge regionale n. 40/2012.

Ne consegue che, affinché possa ritenersi valida la procedura stabilita dalla direttiva, dovranno essere fornite sufficienti garanzie a tutela dei beni posti in pericolo, tutela che dovrà essere garantita sia a monte, attraverso una attenta e comparativa analisi degli interessi in gioco sia a valle tramite la redazione di un'approfondita motivazione che tenga conto di tutti gli aspetti coinvolti.

Ad una tale rigidità che dovrebbe caratterizzare la scelta delle procedure attuabili, si contrappone invece la necessaria flessibilità nell'interpretazione dei meccanismi stessi.

Ciò ovviamente si ravvisa, in particolare, in relazione all'interpretazione della nozione di "piccole aree". Come si ha avuto precedentemente occasione di sottolineare, è evidente che, una normativa nazionale come la nostra, che interpreta tale concetto solo a livello quantitativo, risulta alquanto riduttiva rispetto agli obiettivi di tutela ambientale. Per tale ragione e onde evitare di cadere in un vizio di illegittimità, sarebbe auspicabile ritenere le soglie previste dalla normativa nazionale come indicative e valutare approfonditamente caso per caso, senza fare abusare di mere presunzioni *ex lege* al fine di comprendere quale procedura adottare. Aderendo a quest'ultima impostazione si ricadrebbe a propria volta in contraddizione con i principi sanciti in materia dalla legislazione nazionale e comunitaria. Il criterio chiave, infatti, per interpretare la disposizione non è la dimensione dell'area, ma, come correttamente individuato dal decimo considerando della direttiva (<sup>17</sup>), la questione se quel determinato piano/progetto possa avere effetti significativi sull'ambiente. Questo infatti deve essere l'unico criterio da seguire in casi analoghi a quello fin'ora esaminato, l'unico diretto a garantire la congruità delle scelte degli strumenti di pianificazione, rispetto agli obiettivi di sostenibilità ambientale.

Avv. Giulia Tagliapietra

---

<sup>17</sup> Il quale prevede che: *"Tutti i piani e i programmi preparati per vari settori e che definiscono il quadro di riferimento per l'autorizzazione di progetti elencati negli allegati I e II della direttiva 85/337/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1985, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, e tutti i piani e programmi per i quali è stata prescritta la valutazione ai sensi della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, potrebbero avere effetti significativi sull'ambiente e dovrebbero di norma essere oggetto di una valutazione ambientale sistematica. Quando determinano l'uso di piccole aree a livello locale o sono piccole modifiche dei piani o programmi summenzionati, essi dovrebbero essere valutati soltanto se gli Stati membri stabiliscono che potrebbero avere effetti significativi sull'ambiente"*.



**Nota di commento alla sentenza Seconda Sezione del Tar Veneto del 12 ottobre 2015, n. 1043**

**Lavori di miglioria fondiaria strumentali all'impianto di un vigneto: non è necessario preventivo rilascio titolo edilizio e paesaggistico**

*Sommario: 1. La decisione; 2. Normativa di riferimento: DPR n. 616/1877 - LRV n. 61/1985; 3. Legislazione successiva: DPR n. 380/2001 - D. Lgs. n. 42/2004; 4. Precedenti giurisprudenziali conformi: i lavori di miglioria fondiaria strumentali all'impianto di un vigneto costituiscono modificazioni usuali alla pratica agricola; 5. Finalità dell'azione amministrativa.*

**1. La decisione.**

Nella sentenza n. 1043 del 12 ottobre 2015 il Tar Veneto conferma la propria giurisprudenza in materia di lavori di miglioria fondiaria strumentali, nel caso di specie, all'impianto di un vigneto.

La vicenda trae spunto da un ricorso proposto al fine di ottenere l'annullamento dell'ordinanza di un Comune con la quale era stato ordinato il ripristino dello stato dei luoghi, in relazione ad un intervento consistente in un movimento terra, spianamento e livellamento di un terreno per l'esercizio di attività agricola e, in particolare, per il reimpianto di un vigneto, in quanto

realizzato senza la preventiva richiesta del permesso di costruire.

Il Tar Veneto ha dichiarato illegittima tale ordinanza precisando che l'intervento avrebbe dovuto essere qualificato come movimento di terra pertinente all'attività agricola, che non ha comportato un'alterazione permanente allo stato dei luoghi, come tale non soggetto al previo rilascio di un titolo abilitativo sia sotto il profilo edilizio, che paesaggistico.

Secondo il giudice, pertanto, *"il Comune ha erroneamente qualificato gli interventi dal punto di vista edilizio e paesaggistico ritenendoli eseguibili solo previa acquisizione di un titolo edilizio e dell'autorizzazione paesaggistica"*.

Alla luce di ciò, il Tar Veneto, con la sentenza in commento, ha accolto il ricorso proposto.

## **2. Normativa di riferimento: DPR n. 616/1877 - LRV n. 61/1985**

La decisione del Tar Veneto, così come sopra riportata, ha fatto applicazione delle norme contenute nel DPR n. 616/1877 e nella LRV n. 61/1985.

Il DPR n. 616/1877 dispone, all'art. 82, dodicesimo comma, (trasfuso nell'art. 152, lett. b, comma 1, del d. lgs. n. 490/1999) che non è richiesta l'autorizzazione paesaggistica *"per l'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale che non comporti alterazione permanente dello stato dei luoghi per costruzioni edilizie od altre opere civili, e sempre che si tratti di*

*attività ed opere che non alterino l'assetto idrogeologico del territorio".*

Si tratta di una norma che, nella finalità generale di protezione e conservazione del territorio agricolo, permette sempre l'attività agro-silvo-pastorale purchè non comporti mutamenti dell'assetto ambientale.

In ambito boschivo, si è ritenuto che essa consenta anche il taglio degli alberi, quando sia eseguito nel rispetto delle prescrizioni forestali e rientri nel normale governo del bosco. Questo intervento, infatti, è già sottoposto a vigilanza e controllo, essendo per esso previsto l'obbligo di denuncia all'autorità forestale. La preservazione nel tempo di boschi e foreste nella loro complessiva integrità costituisce lo scopo sia della protezione forestale che di quella paesaggistica generale. In vista di questo obiettivo, la legge statale, sottoponendo a vincolo tutti i boschi, prevede che il taglio colturale e le altre operazioni ammesse possano essere compiute con autorizzazione forestale, senza che sia necessaria anche l'autorizzazione paesaggistica, che verrebbe a sovrapporsi e ad iterare il contenuto della prima.

Allo stesso modo, la LRV n. 61 del 27 giugno 1985, all'articolo 76, dispone che non sono soggetti a concessione né ad autorizzazione edilizia *"i movimenti di terra strettamente pertinenti all'esercizio dell'attività agricola, ai miglioramenti*

*fondari di tipo agronomico e alla coltivazione di cave o torbiere".*

Finalità della Regione, con la suddetta previsione, è chiaramente quella di consentire, senza alcuna particolari restrizioni, quelle attività inerenti all'usuale pratica agricola che sono comunque dirette a conservare e migliorare il territorio. Anche solo rallentare queste attività, attraverso la loro sottoposizione a particolari prescrizioni, altro non farebbe che arrecare un danno alla buona conservazione dell'ambiente.

**3. Legislazione successiva: DPR n. 380/2001 - D. Lgs. n. 42/2004.**

Per completezza, così come rilevato nella stessa sentenza in commento, va evidenziato come anche la legislazione successiva ha confermato la non assoggettabilità di interventi di miglioria fondiaria al previo rilascio di un titolo edilizio e paesaggistico.

In particolare, l'art. 6, comma 1, lett. d, del DPR del 6 giugno 2001, n. 380, definisce attività edilizia libera *"i movimenti di terra strettamente pertinenti all'esercizio dell'attività agricola e le pratiche agro-silvo-pastorali"*.

Sulla stessa linea, l'art. 149, comma 1, lett. b, del d. lgs. del 22 gennaio 2004, n. 42, afferma che non è necessaria l'autorizzazione paesaggistica per *"gli interventi inerenti l'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale che non comportino alterazione permanente allo stato dei luoghi con costruzioni edilizie ed altre opere civili"*.

**4. Precedenti giurisprudenziali conformi: i lavori di miglioria fondiaria strumentali all'impianto di un vigneto costituiscono modificazioni usuali alla pratica agricola.**

La sentenza in commento ribadisce principi già affermati negli ultimi anni da diverse sentenze.

Il tema dei titoli autorizzativi necessari per la realizzazione di lavori di miglioria fondiaria strumentali all'impianto di un vigneto in area con vincolo paesaggistico, invero, è stato affrontato anche dalla Sezione Sesta del Consiglio di Stato con sentenza 10 febbraio 2015, n. 718 (che ha confermato la sentenza del TAR Veneto, Sez. II, del 17 gennaio 2014, n. 44). Con tale pronuncia, il Collegio ha precisato che tali interventi si configurano quali *"...modificazioni normali della forma del territorio, inerenti all'usuale pratica agricola anche per le piante da frutto o da legna, e alla parabola di esseri viventi e produttivi delle piante stesse, quand'anche interessino uliveti, vigne, pioppeti, frutteti e simili e dunque abbiano frequenza di rimozione tutt'altro che annuale. Normalmente, infatti, non sono oggetto di uno specifico valore espressamente tutelato dal vincolo paesaggistico e non ne sono elementi identificativi (come invece vuole la legge stessa per i boschi e le foreste). Diversamente opinando si incorrerebbe in una compressione eccessiva delle facoltà proprietarie e si otterrebbe il controproducente effetto di una disincentivazione della pratica*

*agricola, con effetti negativi paradossali sulla buona manutenzione del territorio".*

Si è ritenuto, infatti, che il vincolo paesaggistico, pur proteggendo il valore delle "formule ambientali" del "sistema montano" locale, non afferma che la coltivazione della vite vi è incompatibile. Né questo è detto da alcuna previsione di pianificazione paesaggistica.

La medesima Sezione si è espressa in maniera analoga anche nella sentenza 717/2015 relativa ad un intervento avente ad oggetto lo spostamento provvisorio di alberi di ulivo con il quale non era stato recato alcun pregiudizio alle piante. Anche in questo caso si è ritenuto che l'intervento fosse irrilevante dal punto di vista paesaggistico e dal punto di vista urbanistico-edilizio.

#### **5. Finalità dell'attività amministrativa.**

Si ritiene che i principi affermati dalla sentenza in commento in merito alle colture agricole e alla tutela del paesaggio rispondano ai generali principi di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza dell'attività amministrativa: un normale mutamento di coltura, in area agricola come nella specie, infatti, non è limitata dagli strumenti di tutela paesaggistica e non necessita di autorizzazioni da parte della Pubblica Amministrazione.

Ciò ci spinge a riflettere sull'azione amministrativa che deve sempre essere tesa a tutelare la libertà di azione dei cittadini e a non aggravare i loro comportamenti con ambiguità e "pesantezze burocratiche" non necessarie.

Si può ritenere che la normativa richiamata a commento della sentenza qui esaminata sia rispondente, infatti, al più generale principio di semplificazione amministrativa, intesa come snellimento dell'attività amministrativa e riduzione degli adempimenti incombenti sui cittadini che costituisce uno dei temi centrali delle riforme amministrative dell'ultimo decennio.

La semplificazione amministrativa, del resto, costituisce proprio uno dei mezzi per raggiungere due dei principi generali dell'attività amministrativa individuati dall'art. 1 della l. 241/90: l'economicità (intesa come minor dispendio possibile di risorse economiche) e l'efficacia (intesa come rapporto tra il risultato che ci si prefiggeva di raggiungere ed il risultato effettivamente raggiunto dall'azione amministrativa; semplificare è quindi il mezzo migliore per ottenere una Pubblica Amministrazione che consumi minori risorse e che raggiunga gli obiettivi prefissi.

L'esigenza di semplificare l'azione amministrativa si delinea, in definitiva, come un elemento caratterizzante la produzione normativa del nostro legislatore.

Sulla base di tali presupposti sicuramente auspicabili sono pronunce come quella qui esaminata che mira, attraverso un ragionamento concreto sul tipo di attività esercitata dai cittadini, a semplificare il suo operato senza porre l'obbligo di adempimenti che altro non farebbero se non ottenere un risultato contrario: ovvero comprimere l'azione dei cittadini in una burocrazia non necessaria e in un appesantimento dell'attività

amministrativa allorquando delineare i loro comportamenti in un'ottica di libertà di azione porterebbe solo al positivo risultato di realizzare opere positive per l'intera collettività e, come, nel caso di specie, per il territorio.

**Avv. Giulia Liliana Monte**



Nota a **Cons. Stato Sez. IV, Sent., 26/02/2015, n. 980**

(che annulla **T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, Sent., 27/03/2014, n. 393**)

***Pertinenze lagunari e concessioni demaniali: il Consiglio di Stato si pronuncia sull'isola di San Giacomo.***

La controversia in esame ha ad oggetto l'isola di San Giacomo in Paludo, nella laguna di Venezia, nel 1999 affidata in concessione per sei anni dall'Agenzia del Demanio a V.A.S. Onlus, ente "nonprofit" operante nel settore della tutela e valorizzazione ambientale.

Intervenuto un primo rinnovo dell'affidamento (nell'anno 2006), per ulteriori sei anni, l'Amministrazione, in prossimità della successiva scadenza (anno 2012), non dava seguito all'ulteriore istanza di rinnovo presentata dal concessionario e dopo alcuni mesi, a seguito di sopralluogo sull'isola, contestava l'inadempimento di alcuni impegni assunti dal medesimo. Contestualmente, rappresentava l'intervenuta manifestazione di interesse alla concessione dell'isola di San Giacomo da parte di diversi imprenditori e l'opportunità, pertanto, di provvedere ad un nuovo affidamento mediante procedura di evidenza pubblica. L'Amministrazione procedeva altresì a ordinare il rilascio del compendio e imponeva il pagamento di un'indennità per l'utilizzo *sine titulo* dello stesso nel periodo successivo alla scadenza dell'affidamento.

Avverso tale determinazione faceva ricorso l'organizzazione concessionaria.

Il T.A.R. Veneto<sup>1</sup> in primo grado riscontrava l'integrale urbanizzazione dell'isola di San Giacomo, occupata, per tutta la sua superficie, da immobili di proprietà dello Stato. Ciò considerato, e data la natura pacificamente demaniale marittima (*ex art. 28 cod. nav.*) della laguna di Venezia, si richiamava l'art. 29 cod. nav., che definisce come "pertinenze" demaniali "le costruzioni e le altre opere appartenenti allo Stato, che esistono entro i limiti del demanio marittimo". Da tale qualificazione si faceva discendere l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 1 comma 18 d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 (convertito nella l. n. 25 del 2010), che proroga automaticamente *ex lege*,

---

<sup>1</sup> T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, Sent., 27/03/2014, n. 393

sino al 31 dicembre 2020, le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative in scadenza entro il 31 dicembre 2015. Il T.A.R. accertava pertanto l'illegittimità dei provvedimenti adottati, per contrasto con la succitata disposizione e, per effetto, ne disponeva l'annullamento.

In sede di impugnazione il Consiglio di Stato<sup>2</sup> disattendeva le affermazioni del giudice di prime cure e riformava la sentenza. Era negata, in particolare, la natura demaniale marittima dell'isola di San Giacomo, non essendo le isole della laguna suscettibili di essere ricomprese nella nozione di cui agli art. 822 c.c. e 28 cod. nav. Con riguardo alla qualificabilità come "*pertinenza lagunare*" operata dal T.A.R., il Consiglio di Stato rileva poi che le opere di urbanizzazione esistenti non presenterebbero quel rapporto di accessorietà con il demanio marittimo, indispensabile ai fini della qualificazione di un bene come "*pertinenza*" del medesimo. Non troverebbe applicazione, pertanto, l'art. 1 del citato d.l. 194/2009, con conseguente insussistenza di qualsiasi pretesa tutelabile al rinnovo della fattispecie concessoria, rispetto alla quale correttamente la P.A. avrebbe disposto l'affidamento mediante procedura di evidenza pubblica.

La questione appare ricca di profili di interesse, collegati alle peculiarità della laguna di Venezia che l'hanno più volte resa protagonista di controversie giuridiche, stante la sua difficile inquadrabilità nella tradizionali categorie di beni pubblici scolpite dal legislatore.

Meritevole di approfondimento appare, innanzitutto, la portata del concetto di "*demanio marittimo*" e la sussumibilità in tale categoria dell'isola di San Giacomo, proprio su tale questione incentrandosi il contrasto tra gli organi giudicanti di primo e secondo grado. Dovrà in particolare esaminarsi il relativo regime concessorio, la cui disciplina interna risente oggi dell'influenza dell'ordinamento comunitario, improntato a principi di non discriminazione, pubblicità, trasparenza.

Dal punto di vista processuale, il caso involge poi profili di giurisdizione, relativi alla possibilità per il giudice amministrativo di conoscere della questione proposta, che riguarda il momento "esecutivo" del rapporto concessorio. Può discutersi altresì dell'ammissibilità e dei limiti delle statuizioni incidentali su diritti soggettivi: il T.A.R. e il Consiglio di Stato infatti, per decidere della

---

<sup>2</sup> Cons. Stato Sez. IV, Sent., 26/02/2015, n. 980

controversia, si pronunciano sulla demanialità dell'isola, questione attinente alla natura del diritto di proprietà sul bene e appartenente, *naturaliter*, alla cognizione del giudice ordinario.

Sembra opportuno iniziare dai punti da ultimo esposti, conformemente alla natura di presupposto processuale della giurisdizione, la cui sussistenza, esprimendo il potere decisorio del giudice sul merito della controversia, è da accertarsi prioritariamente rispetto ad ogni altra questione<sup>3</sup>.

Con riguardo alla natura "privatistica" del rapporto in contestazione (*rectius* della "fase" di rapporto), asserita dagli appellanti al fine di escludere la giurisdizione amministrativa, correttamente il Consiglio di Stato ne sancisce l'irrelevanza. Trova infatti applicazione il disposto di cui all'art. 133 comma 6 lett. b) del codice del processo amministrazione (d.lgs. 104/2010), per cui son devolute alla giurisdizione esclusiva le controversie "*aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi*".

Secondo le più recenti ricostruzioni le fattispecie concessorie, attributive di situazioni giuridiche di cui il soggetto destinatario non era previamente titolare, presentano una struttura essenzialmente bipartita, componendosi di un segmento pubblicistico-autoritativo (il provvedimento, con il quale la p.a. instaura il rapporto con il concessionario) e di un segmento privatistico-paritetico (il contratto, volto invece a disciplinarlo)<sup>4</sup>, ciascuno soggetto alla relativa disciplina. Proprio la commistione di posizioni soggettive (interesse legittimo e diritto soggettivo) che ciò determinerebbe, è alla base della scelta legislativa di attribuire l'intera categoria alla giurisdizione esclusiva, a fini di concentrazione delle tutele dinanzi ad un unico giudicante.

---

<sup>3</sup> Ferma restando la possibilità per il giudice di ritenere la questione assorbita, dando prevalenza alla c.d. "ragione più liquida" ai fini della decisione.

<sup>4</sup> Il rapporto tra i due momenti giuridici è poi variamente descritto dalla dottrina, che si divide principalmente tra tesi c.d. "contrattualistiche" che danno prevalenza allo strumento contrattuale, rispetto al quale il provvedimento svolgerebbe una funzione meramente autorizzatoria e strumentale, e tesi c.d. "provvedimentali", che sostengono invece la centralità del momento pubblicistico.

Né il fatto che si controverta altresì sulla debenza di una somma a titolo di indennizzo da illegittima occupazione porta a mutare le considerazioni esposte, trattandosi di questione implicante un sindacato sui poteri esercitati dall'amministrazione e pertanto attratta, come da consolidata giurisprudenza, alla cognizione del G.A.<sup>5</sup>

Ricondotta la fattispecie alla giurisdizione esclusiva, dunque, anche la demanialità dell'isola, pur questione attinente alla natura del diritto soggettivo di proprietà sul bene, è pienamente conoscibile dal giudice amministrativo, senza che sul punto rilevi l'art. 8 comma 1 del c.p.a., pure citato dal giudice d'appello in *obiter dictum*.

La disposizione menzionata estende al giudizio amministrativo un principio generale del diritto processuale: quello per cui il giudice della questione principale può conoscere anche di tutte quelle ad essa propedeutiche. Si comprende, pertanto, come la stessa escluda esplicitamente dal proprio campo applicativo le ipotesi di giurisdizione esclusiva, nelle quali il giudice può non solo conoscere, ma altresì *decidere* dei diritti soggettivi. Nel caso di specie, tuttavia, essendo mancata apposita domanda di parte, la statuizione circa la non demanialità marittima del bene ha natura di accertamento meramente incidentale, inidoneo alla formazione del giudicato sul punto.

Proprio sulla natura del diritto di proprietà dell'isola di San Giacomo è ora opportuno soffermarsi, quale questione centrale nella risoluzione della controversia.

Il demanio marittimo è stato di recente oggetto di alcuni interventi legislativi, motivati dalla necessità di adeguare l'ordinamento interno alle disposizioni dei Trattati Comunitari. A venire in rilievo era il c.d. "*diritto di insistenza*", cioè l'attribuzione di una preferenza all'attuale concessionario del bene rispetto agli altri concorrenti, in caso di nuovo affidamento dello stesso.

Tale diritto, che nel generale ambito delle procedure di affidamento in concessione la giurisprudenza amministrativa aveva relegato a mero "principio" tendenziale, sottoposto a stringenti

---

<sup>5</sup> Cass. S.U. 411/2007 specifica che la riserva di giurisdizione dell'a.g.o. su "*canoni, indennità e altri corrispettivi*" non configura un'ipotesi a sua volta "esclusiva" di attribuzione dello *ius decidendi*, essendo destinata a retrocedere laddove sussistano profili di esercizio del potere.

limiti di applicabilità<sup>6</sup>, trovava invece espresso riconoscimento nella disciplina del demanio marittimo.

L'art. 37 cod. nav. prevedeva, infatti, in caso di pluralità di soggetti interessati, che la preferenza fosse attribuita a “*precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze.*”

Ciò aveva portato la Commissione Europea ad aprire una procedura di infrazione (n. 2008/4908) nei confronti dell'Italia, per contrasto della citata normativa con l'art. 43 TCE (attuale art. 49 TFUE), relativo alla libertà di stabilimento delle persone fisiche o giuridiche all'interno del territorio dell'Unione. La Commissione aveva cioè ritenuto che tali norme costituissero una discriminazione per le imprese provenienti da altri Stati membri, che sarebbero state ostacolate nell'esercizio di attività economiche dalla preferenza accordata al concessionario uscente.

Detta procedura è poi stata chiusa a seguito delle modifiche apportate dal Parlamento alla succitata disposizione. L'attuale regime prevede l'esclusione di qualsiasi condizione preferenziale in favore del precedente concessionario e dispone, al contempo la proroga delle concessioni attualmente in essere fino alla data del 31.12.2020.

Si vuole così operare un contemperamento tra gli obblighi comunitari in materia di concorrenza e la necessità per gli attuali concessionari di recuperare gli ingenti investimenti sostenuti, nell'aspettativa di successivi rinnovi, sui beni dati in concessione.

La dottrina non manca di sottolineare in proposito come lo sviluppo di nuovo modello di amministrazione e, più in generale, di società, e l'affermarsi in essa dei principi di matrice comunitaria abbiano portato a “snaturare” i concetti fondamentali che *ab origine* hanno contraddistinto la disciplina del demanio, in particolare marittimo.

---

<sup>6</sup> Cfr Cons. St. 168/2005, che sottopone la vigenza del diritto di insistenza al riscontro dell'equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario rispetto agli altri concorrenti.

La naturale destinazione dei beni demaniali alle funzioni dell'ente territoriale di appartenenza<sup>7</sup> o, secondo visioni più recenti, alla collettività stanziata sul territorio del medesimo, sembra cioè scontrarsi con le esigenze del mercato e della libera concorrenza, del buon andamento della P.A., della necessità di approvvigionamento di risorse economiche per gli enti in periodi di *spending review*. Si assiste quindi ad una nuova concezione della materia, fondata su visioni di stampo marcatamente finanziario ed economicistico: lo Stato, da garante del bene comune di tutti i cittadini, assume il ruolo di imprenditore e i suoi possedimenti, sottratti all'ordinario uso "generale" a favore della collettività indifferenziata, divengono valori economici da cui trarre il massimo possibile utile, secondo i principi di efficienza ed economicità.

Non può non rilevarsi la dissonanza tra queste tendenze e la ricostruzione fatta propria da un recente sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite<sup>8</sup>, intervenuta sempre in tema di demanio marittimo e con riguardo alla laguna di Venezia. La Corte aveva ricavato, dai principi costituzionali che tutelano la persona umana e le sue estrinsecazioni nell'ambito dello Stato sociale, una nuova categoria di beni pubblici, fondata sulla funzionalizzazione degli stessi allo Stato-comunità (in luogo dello Stato-persona). Ciò li renderebbe intrinsecamente "*comuni*", perché collegati alla realizzazione degli interessi della generalità dei cittadini, indipendentemente dalla natura del diritto di proprietà sugli stessi.

Ciò posto, l'appartenenza dell'isola di San Giacomo al demanio marittimo, non pare *prima facie* discendere dalle disposizioni in materia, cioè l'art. 822 c.c. e l'art. 28 cod. nav. Quest'ultimo, in particolare, prende in considerazione le sole "*lagune*" e non le terre emerse che all'interno di queste trovano collocazione.

Si è sostenuto, tuttavia, che l'elencazione dei succitati articoli non avrebbe carattere di esaustività, lasciando talvolta margini (anche rilevanti) di libertà all'interprete. Su tale presupposto è stata così

---

<sup>7</sup> Proprio sulla "necessarietà" dei beni demaniali alle funzioni di un ente pubblico si incentra la nozione di dominio traciata dal Guicciardi (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova 1934)

<sup>8</sup> Cass. S.U. 3811/2011

sancita la demanialità delle c.d. “lagune morte” (cioè non comunicanti con il mare) o degli “arenili” (tratti di costa liberati dal ritrarsi delle acque marittime). Anche la giurisprudenza<sup>9</sup>, sganciandosi da una interpretazione strettamente letterale delle citate disposizioni, ha rilevato come le stesse descriverebbero piuttosto una “*tassatività per tipi*”. Si dovrebbe, pertanto, pervenire all’applicazione della relativa disciplina anche con riguardo a beni “*che presentino tutte le caratteristiche di quelli menzionati, e ciò in quanto l’essenza del demanio marittimo è la destinazione necessaria e funzionale del bene a servire ai pubblici usi del mare*”.

L’appartenenza al demanio marittimo potrebbe così essere sancita anche per la terraferma lagunare, qualora presenti i menzionati tratti caratteristici. Questi non sembrano però propri dell’isola di San Giacomo in Paludo che, nel corso della sua storia, è stata sede di un monastero e poi adibita, a seguito degli editti napoleonici che hanno disposto la demolizione delle costruzioni religiose ivi esistenti, a scopi militari. Mancano quindi elementi che consentano di affermare la predetta funzionalizzazione all’uso pubblico del mare, al di là di quelli (certo insufficienti) appartenenti *naturaliter* a qualsiasi isola, quale luogo idoneo all’attracco e alla sosta delle navi.

Per le stesse ragioni non può accogliersi la configurazione dell’isola quale *pertinenza* lagunare ai sensi dell’art 29 cod. nav. sulla base della demanialità delle edificazioni che vi insistono.

È vero, infatti, che la nozione di “*pertinenza*” scolpita dalla disposizione sembra basarsi unicamente su un presupposto di natura “territoriale” che dovrebbe affermarsi nel caso di specie, cioè l’insistenza delle costruzioni o dei beni “*entro i limiti del demanio marittimo e del mare territoriale*”. È altresì evidente, tuttavia, l’impossibilità di prescindere dalla definizione che del concetto di “*pertinenza*” fornisce il codice civile, quale “*cosa destinata in modo durevole a servizio o ad ornamento di un’altra cosa*”.

Sarebbero quindi pertinenze le opere che presentino, oltre ad una collocazione all’interno del demanio marittimo, altresì una funzionalizzazione al medesimo, come porti, banchine, fari, dighe, ecc.

---

<sup>9</sup> Cass. Pen.. 9644/2006 pronunciatasi su una fattispecie di occupazione abusiva di spazio demaniale

Le costruzioni presenti potrebbero forse dirsi “*a servizio o ad ornamento*” dell’isola stessa ma non certo del demanio marittimo, come l’art. 28 cod. nav. implica, se correttamente interpretato.

Il sillogismo operato dai giudici di primo grado, dunque, nell’inferire in via diretta la demanialità marittima dell’isola dalla demanialità (di diverso tipo) delle costruzioni ivi sussistenti, non appare immune da critiche, sembrando trascurare l’esistenza, quale termine “medio” del percorso logico, di una terraferma di natura sicuramente non demaniale marittima. Si aggira così, impropriamente, l’evidente mancanza di qualsivoglia collegamento tra le costruzioni (di natura religiosa e militare) e le esigenze proprie del mare e del suo utilizzo.

Escludendosi quindi la demanialità marittima dell’isola e l’applicabilità delle disposizioni che dispongono la proroga delle concessioni vigenti, anche l’inadempimento di eventuali obblighi sanciti dal contratto disciplinante i rapporti tra amministrazione e concessionario può dirsi privo di rilevanza. Il mancato rinnovo discende, infatti, dalla necessità di applicare le procedure di evidenza pubblica ai fini di un successivo affidamento, alla scadenza dei termini di durata della concessione. Non configura perciò in alcun modo una decadenza del concessionario o l’esercizio di un diritto potestativo di risoluzione del rapporto<sup>10</sup>, di cui occorra indagare la legittimità dei presupposti.

Avv. Luca Emanuele Ricci

---

<sup>10</sup> Si discute in giurisprudenza circa le conseguenze dell’inadempimento del concessionario, se queste cioè possano fondare un provvedimento amministrativo o l’esercizio di un diritto potestativo da valutare secondo canoni civilistici.



**Sulla legittimità o meno della legge della Regione Veneto 16 agosto 2002, n. 22 che stabilisce contingentamenti alle strutture sanitarie private non destinate all'accreditamento**

**Nota alla sentenza del T.A.R. Veneto, sez. III, 30 ottobre 2015, n. 1118. Pres. ed est. Oria Settesoldi**

*“Le norme regionali che stabiliscono un contingentamento delle strutture sanitarie private non destinate all'accreditamento – subordinandone l'esercizio ad una valutazione di congruità rispetto al numero massimo di strutture programmato dalla Regione - si pongono in contrasto con i principi comunitari e statali in materia di concorrenza e debbono quindi ritenersi abrogate”*

**Sommario: 1. Premessa; 2. La cornice normativa; 3. Il caso deciso dal Tar per il Veneto e relative osservazioni sul percorso argomentativo seguito dal giudice amministrativo**

1. Con la sentenza in epigrafe, il Tar per il Veneto ha ritenuto che debba considerarsi tacitamente abrogata la normativa regionale veneta (in particolare, art. 4, comma 2, legge regionale 16 agosto 2002, n. 22) che subordina l'autorizzazione all'esercizio delle strutture sanitarie private, non destinate all'accreditamento, a una valutazione di congruità rispetto al numero massimo di strutture programmato dalla Regione. La decisione si fonda sulla decisiva circostanza che tale normativa contrasta con l'art. 1, commi 1 e 2 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 (convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27) recante *“Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”*.

La vicenda trae origine, in particolare, dal ricorso proposto da una società che si è vista illegittimamente negare dalla Regione Veneto l'autorizzazione a svolgere l'attività di casa di cura e di ospedale privato a indirizzo particolare riabilitativo sul presupposto, in via principale, di un'asserita incoerenza dell'istanza con la programmazione regionale.

Si tratta di un contributo di evidente interesse, giacché offre lo spunto per affrontare la questione della validità della disciplina regionale del Veneto in materia di accesso al mercato delle prestazioni erogabili nel settore sanitario, con probabili ricadute anche per altre strutture sanitarie private operanti in ambito regionale.

Segnatamente, poiché la questione implicata investe il concorso di norme regionali - in materia sanitaria - con norme statali - in materia di tutela della concorrenza - e la scelta da parte del giudice del diritto applicabile al caso concreto, appare necessario, prima di illustrare criticamente l'iter argomentativo seguito dal Tar per il Veneto nel risolvere il caso in esame, descrivere almeno sommariamente le fonti normative interferenti.

2. La realizzazione di strutture e l'esercizio di attività sanitarie e socio – sanitarie sono subordinati al rilascio di un'autorizzazione, ai sensi dell'art. 8 ter, commi 3 e 4 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, recante il riordino del Servizio Sanitario Nazionale. In particolare, con tale decreto, il legislatore ha reso obbligatorio nel nostro ordinamento il processo di autorizzazione per tutte le strutture, pubbliche e private, che intendano offrire prestazioni assistenziali e di cura.

Le finalità della riforma sono molteplici: dal perseguimento di obiettivi di contenimento della spesa; alla equiparazione degli operatori sanitari muniti dei necessari requisiti, indipendentemente dalla loro natura pubblica o privata; nonché, il principio di libera scelta degli stessi operatori sanitari da parte degli assistiti.

L'autorizzazione alla realizzazione della struttura (che è presupposto necessario per la successiva erogazione delle prestazioni sanitarie) è condizionata a una verifica di compatibilità da parte della Regione competente che viene effettuata in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, *“anche al fine di meglio garantire l'accessibilità dell'utenza ai servizi e di valorizzare le aree di insediamento prioritario delle nuove strutture”* (art. 8 ter, comma 3).

L'autorizzazione all'esercizio viene invece rilasciata previo accertamento della conformità a requisiti *“minimi strutturali tecnologici ed organizzativi”*, che sono stati stabiliti a livello nazionale con il d.P.R. 14/1/1997 recante *“Atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e alle*

*province autonome di Trento e di Bolzano, in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private".*

È necessario esplicitare che i soggetti sia pubblici che privati, già autorizzati all'esercizio delle attività sanitarie, non conseguono automaticamente il riconoscimento a far parte dei soggetti erogatori di prestazioni per conto e a carico del servizio pubblico. A tal fine, l'art. 8 *quater* del d.lgs. n. 502/1992 prevede, infatti, che le strutture sanitarie e socio sanitarie che intendano operare nell'ambito del servizio sanitario nazionale debbano richiedere alla propria Regione di appartenenza il c.d. accreditamento istituzionale. Si tratta di un ulteriore e distinto provvedimento con cui, verificata l'esistenza di determinati requisiti di qualità, aggiuntivi rispetto a quelli per le autorizzazioni alla realizzazione e all'esercizio, si riconosce ai soggetti già autorizzati la possibilità di erogare prestazioni sanitarie nell'ambito del servizio sanitario nazionale.

Il compito di definire le modalità e i termini per il rilascio delle autorizzazioni alla realizzazione di strutture e delle autorizzazioni all'esercizio di attività sanitarie è stato demandato alle Regioni, ai sensi del comma 5 dell'articolo 8 *ter* del decreto legislativo in esame.

La Regione Veneto vi ha provveduto con la già citata legge regionale 16 agosto 2002, n. 22, recante norme in materia di autorizzazione e accreditamento delle strutture sanitarie, socio sanitarie e sociali. In particolare, la legge prevede, per quel che attiene al rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria, che essa sia subordinata anche alla verifica *“rispondenza del progetto alla programmazione socio-sanitaria regionale, definita in base al fabbisogno complessivo ed alla localizzazione e distribuzione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture”* (art. 4.comma 2).

In questo quadro si è inserito il decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27, recante *“disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”*. I commi 1 e 2, dell'art. 1 del d.l. n. 1/2012 stabiliscono l'abrogazione di tutte le previsioni che comprimono o condizionano indebitamente la libertà di iniziativa economica sancita dagli artt. 2, 3, 4 e 41 della Costituzione. Anche se il comma 3 prevede l'emanazione di regolamenti attuativi per individuare le attività per le quali permane l'esigenza

di una previa autorizzazione, il successivo comma 4 sancisce in ogni caso l'obbligo per i Comuni, le Province e le Regioni di adeguarsi ai principi e alle regole ivi stabilite entro il 31 dicembre 2012.

3. Entro questa cornice normativa si iscrive la sentenza del Tar per il Veneto oggetto di commento. Nel caso di specie, il diniego opposto dalla Regione si fondava su un duplice ordine di ragioni. Da un lato, l'autorizzazione all'esercizio richiesta dalla ricorrente è stata negata per l'incoerenza del progetto con la programmazione regionale. Dall'altro, la struttura è stata anche ritenuta priva del titolo realizzativo che, come anticipato, è prescritto dalla disciplina vigente come presupposto per richiedere l'autorizzazione all'esercizio<sup>1</sup>.

Il giudice amministrativo ha accolto il ricorso ritenendo illegittimi entrambe le ragioni addotte dalla Regione: sotto il primo profilo, il Tar ha considerato implicitamente abrogata la normativa regionale che richiedeva la coerenza dell'istanza con la programmazione regionale ex art. 4, comma 2 della legge regionale n. 22/2002 per la sopravvenuta incompatibilità con l'art. 1, commi 1 e 2 del d.l. 1/2012. Sotto il secondo profilo, il giudice ha osservato che le norme che richiedono l'autorizzazione alla realizzazione della struttura sono entrate in vigore successivamente all'effettuazione degli interventi di realizzazione e ristrutturazione dell'edificio ospedaliero in questione.

Poiché il secondo profilo di illegittimità non presenta particolari aspetti di interesse, si affronterà dapprima il ragionamento seguito dal giudice amministrativo in relazione a tale motivo per poi focalizzarsi sul primo motivo di ricorso e al problema con esso sollevato; relativo alla possibilità che il rapporto tra norme regionali e norme statali, munite di competenza in materie diverse, possa dar luogo a un fenomeno di abrogazione anziché di illegittimità costituzionale.

Come anticipato, con riferimento alla seconda ragione addotta dalla Regione Veneto a sostegno del diniego di autorizzazione, vale a dire la mancanza di titolo realizzativo, il giudice ha ritenuto assorbente che le norme che prescrivono l'autorizzazione alla realizzazione fossero entrate in vigore successivamente all'effettuazione degli interventi di realizzazione e

---

<sup>1</sup> Cfr. art. 8 ter, comma 1 del d.lgs. n. 502/1992 e art. 3, comma 2 della l.r. del Veneto n. 22/2002.

ristrutturazione dell'edificio ospedaliero in questione. Inoltre, le norme citate sono state ritenute inapplicabili alla mera ipotesi di riapertura dell'ospedale<sup>2</sup>, che, secondo il Tar, non implica né la “costruzione”, né l’“ampliamento”, né la “trasformazione” della struttura sanitaria. In forza di tali assorbenti considerazioni, sono state ritenute ininfluenti le osservazioni svolte dalla ricorrente circa l'intervenuta abrogazione anche dell'art. 8 *ter*, comma 1, del d.lgs. n. 502/1992 e dell'art. 3, comma 2, della l.r. n. 22/2002, sempre per contrasto con le norme liberalizzatrici di cui all'art. 1, comma 1, del d.l. n. 1/2012.

Passando al primo e centrale motivo di ricorso, risulta fondamentale ripercorrere il percorso argomentativo effettuato dal giudice amministrativo per ritenere tacitamente abrogata la norma regionale in questione.

L'art. 4 della legge regionale del Veneto n. 22/2002 subordina il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio di strutture sanitarie, che erogano prestazioni in regime di ricovero ospedaliero a ciclo continuativo e/o diurno, “*alla positiva valutazione della rispondenza del progetto alla programmazione socio sanitaria regionale, definita in base al fabbisogno complessivo e alla localizzazione e distribuzione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture*”. E poiché, nel caso di specie, la dotazione di posti letto rapportati alla popolazione è stata ritenuta adeguata, la domanda della ricorrente è stata ritenuta “improcedibile”.

Il Tar muove innanzitutto dal dato normativo nazionale e, in particolare, dall'art. 1, commi 1 e 2, del d.l. n. 1/2012 che ha stabilito l'abrogazione di tutte le previsioni che comprimono o condizionano indebitamente la libertà di iniziativa economica sancita dagli artt. 2, 3, 4 e 41 della Costituzione. In merito alla applicabilità di tali disposizioni, ancorché il comma 3 preveda, come anticipato, l'emanazione di regolamenti attuativi per l'individuazione delle attività per le quali permane l'esigenza della previa autorizzazione, il giudice di prime cure ritiene di aderire alla giurisprudenza che si è già pronunciata nel senso di considerare le disposizioni di cui ai commi 1 e 2, immediatamente applicabili (e non meramente “programmatiche”). Da questa considerazione, il Tar Veneto trae la prima importante

---

<sup>2</sup> La struttura utilizzata dalla ricorrente è infatti un presidio ospedaliero dismesso già esistente e per il quale la ricorrente si è limitata a effettuare interventi di natura edile e impiantistica volti al ripristino delle normali condizioni d'uso dell'immobile.

conclusione, ovvero che *“ai sensi dell’art. 1, comma 1, del d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012, le disposizioni emanate a tutela del principio di libertà d’iniziativa economica sono da ritenersi entrate in vigore in data 01.01.2013, dopo la scadenza del termine (31.12.2012) stabilito dai commi 3 e 4 del suddetto articolo”*.

Individuato il momento di entrata in vigore delle disposizioni in parola, il giudice amministrativo passa a esaminare una seconda questione, ovvero quella dei limiti opponibili al diritto di iniziativa economica. Ed invero, il Tar chiarisce che il comma 2 del d.l. n. 1/2012 li ammette allorché la norma prevede, in particolare, in materia di “salute”, l’ammissibilità di programmi e controlli, purché siano necessari a evitare possibili danni alla salute medesima. Tuttavia, il comma 1, lett. b), del medesimo art. 1, specifica che non risultano in ogni caso né adeguate né proporzionate le restrizioni che *“impediscono, condizionano o ritardano l’avvio di nuove attività o l’ingresso di nuovi operatori, ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi; impediscono, limitano o condizionano l’offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità”*.

Segnatamente, il Tar, facendo applicazione di queste coordinate al caso concreto, perviene a due ulteriori conclusioni: (i) la pretesa della Regione di sottoporre le strutture sanitarie a un contingente numerico massimo non risulta in alcun modo connessa al superiore interesse pubblico generale alla tutela del diritto alla salute; al contrario, (ii) tale pretesa è suscettibile sia di limitare i servizi di prevenzione e cura concretamente attivabili sul territorio, sia di ostacolare il miglioramento qualitativo e la riduzione dei prezzi dell’offerta privata e non convenzionata con il servizio sanitario nazionale, grazie alla concorrenza e alla conseguente facoltà di scelta dei pazienti fra strutture diverse.

Da ciò deriva l’ulteriore conseguenza che l’unico, effettivo e imprescindibile strumento di tutela rimane quello costituito dalla puntuale verifica dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi (già imposta, peraltro, dall’art. 8 ter, comma 4, del d.lgs. n. 502/1992) mentre ogni altra limitazione non può che essere considerata anti-concorrenziale.

Dal quadro normativo così individuato e interpretato, il Collegio ha quindi ritenuto che dal 1 gennaio 2013 deve considerarsi abrogata la disposizione di cui all’art. 4, comma 2, l.r. n. 22/2002 e che, per tale ragione, il diniego opposto dalla Regione alla domanda presentata dalla ricorrente risulta illegittimo per l’intervenuta abrogazione della norma in questione.

La conclusione cui è giunto il Tar per il Veneto appare condivisibile ed è conforme alla giurisprudenza amministrativa che si è già espressa in merito alla legislazione di altre regioni italiane<sup>3</sup>.

Essa, inoltre, appare in linea anche con le segnalazioni in materia dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che ha posto in rilievo come una politica di contenimento dell'offerta sanitaria possa tradursi in una posizione di privilegio degli operatori del settore già presenti nel mercato, che possono incrementare la loro offerta a discapito dei nuovi entranti, assorbendo la potenzialità della domanda; sottolineando, inoltre, l'irrilevanza di criteri di contenimento della spesa sanitaria, non versandosi a fronte di soggetti che operano in accreditamento<sup>4</sup>.

Sicché, occorre tuttavia interrogarsi sulla correttezza del ragionamento seguito dal Tar per il Veneto nel caso in esame. Ci si chiede, in particolare, se non sarebbe stato corretto sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 2, l.r. n. 22/2002 per violazione delle norme di cui agli artt. 2, 3, 4, 41 e 117, secondo comma, lett. e), Cost., come per altro proposto dalla stessa ricorrente.

La norma regionale, infatti, prima ancora che contrastante con la legge statale successiva appare *prima facie* confliggente direttamente con il principio costituzionale di libera iniziativa economica ex art. 41 Cost., cui la Corte Costituzionale riconosce pacificamente il carattere di norma precettiva e non meramente programmatica.

Ancora, ci si può domandare se per risolvere l'antinomia tra legge statale - in materia di concorrenza - e legge regionale - in materia sanitaria - sia corretto applicare il criterio di risoluzione cronologico, come pare aver fatto il Tar nella pronuncia in esame. Per applicare i criteri di risoluzione delle antinomie (i tre criteri fondamentali sono, come è noto, quello cronologico, quello gerarchico e quello di specialità) è infatti necessario che le norme in contrasto tra loro appartengano a uno stesso ordinamento e che abbiano lo stesso ambito di validità temporale, spaziale e personale e temporale<sup>5</sup>. Laddove si ritenesse che le due norme

---

<sup>3</sup> Cfr. sentenza T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, 14.01.2014, n. 455; sentenza T.A.R. Lazio - Latina, Sez. I, 27.03.2014, n. 252. Cfr. altresì Consiglio di Stato, sez. III, 20 gennaio 2013, n. 550. In senso difforme cfr. invece: Tar Lazio, sez. III quater, n. 06661/2012.

<sup>4</sup> Cfr. da ultimo parere AGCM 28 marzo 2013, n. 13.

<sup>5</sup> Cfr. F.Caringella, L.Buffoni, *Manuale di diritto civile*, V ed., 2015, Dike, p. 70 e ss.

siano dotate di ambiti di competenza separati, la conseguenza sarebbe quella che difetterebbe la possibilità per la norma statale e quella regionale di disciplinare la medesima fattispecie, mancando quindi la condizione perché si verifichi l'effetto abrogativo. Pertanto, se ad essere violato fosse il principio di competenza, la conseguenza sarebbe l'invalidità della fonte che invade lo spazio che la Costituzione riserva all'altra (in questo caso, la tutela della concorrenza riservata in via esclusiva allo Stato ex art. 117, comma 2, lett. e).

D'altra parte, le diverse conseguenze applicative derivanti nell'uno e nell'altro caso sono chiare: nel caso di abrogazione tacita gli effetti della pronuncia rimangono *inter partes*, sicché gli effetti non sono vincolanti se non per le parti del giudizio. Nel caso di declaratoria di illegittimità costituzionale, gli effetti sono *erga omnes* ed *ex tunc*: la norma cessa di avere efficacia retroattivamente e viene espunta dall'intero ordinamento giuridico.

Ebbene, la preferenza per l'applicazione del criterio cronologico appare giustificata prima di tutto su un piano di priorità logica. Intanto può dirsi che una determinata norma sia invalida in quanto la norma possa essere considerata vigente e applicabile al caso concreto.

In altri termini, il giudice amministrativo non ha fatto altro che esercitare il potere, strettamente inerente alla funzione giurisdizionale, di applicare le norme vigenti ai casi concreti: per fare questo, il giudice deve accertare preliminarmente se le norme che è chiamato ad applicare al caso che gli è sottoposto siano ancora in vigore o invece siano state abrogate in modo espresso o implicito da leggi successive, secondo quanto stabilisce l'art. 15 delle pre-leggi.

Tale conclusione sembra essere avvalorata anche dalla Corte costituzionale che ha ritenuto che tale dovere di verifica sia *“conseguenza naturale e necessaria del criterio cronologico, che, insieme a quello gerarchico ed a quello di competenza, disciplina il sistema delle fonti del diritto”*. Pertanto, *“il controllo sull'attuale vigenza di una norma giuridica spetta istituzionalmente al giudice comune e precede ogni possibile valutazione sulla legittimità costituzionale della medesima norma”*<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenze 21 giugno 2007, nn. 222 e 223 in cui la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili i ricorsi per conflitto di attribuzione sollevati dalla Regione Veneto nei confronti dello Stato in relazione a due sentenze del TAR per il Veneto che, decidendo sull'impugnazione di provvedimenti in materia edilizia ed urbanistica, avevano dichiarato l'abrogazione della legge regionale n. 27 del 1993 in conseguenza dell'entrata in vigore del d.P.C.m. 8 luglio 2003, recante i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità per la protezione dalle esposizioni ai campi elettrici e magnetici alla frequenza di rete degli elettrodotti. La Regione lamentava che le pronunce del TAR fossero lesive delle proprie attribuzioni, in quanto i giudici



Pertanto, l'applicazione del criterio cronologico e la conseguente dichiarazione di intervenuta abrogazione tacita della normativa regionale veneta appare corretta, anche alla luce delle considerazioni che precedono.

Da ultimo, occorre considerare che, nel caso di specie, il diniego della Regione è intervenuto successivamente alla entrata in vigore della norma statale che ha determinato l'abrogazione della norma regionale del Veneto.

Rimane, pertanto, da chiedersi per completezza, cosa sarebbe accaduto se il diniego fosse intervenuto precedentemente a tale momento, ovvero prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 1/2012.

In tal caso, a parere di chi scrive, la norma regionale esaminata si sarebbe posta direttamente in conflitto con il diritto dell'Unione Europea e, in particolare, con le disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea "TFUE" che tutelano la libera concorrenza, strumentale alla creazione e al funzionamento del mercato interno (artt. 101 -109). Conseguentemente, poiché le norme del TFUE sono dotate di efficacia diretta, il giudice amministrativo in questa evenienza, avrebbe dovuto, in forza del primato del diritto dell'Unione Europea, procedere alla "non applicazione" della norma interna regionale *tamquam non esset*, con il conseguente annullamento del provvedimento regionale.

Avv. Giulia Galeazzo

---

amministrativi avrebbero affermato la prevalenza, attraverso l'abrogazione, di un atto normativo secondario dello Stato su una legge regionale.