

REDAZIONALI

L'INAMMISSIBILITÀ DEL “DISSENSO POSTUMO” NELLA CONFERENZA DI SERVIZI

del Dott. Alfonso Cernelli

In aderenza al dettato normativo la giurisprudenza ha statuito il consolidato principio secondo cui è inammissibile il parere negativo espresso al di fuori della conferenza, una volta che questa si sia conclusa con l'adozione del provvedimento finale

In compliance with these regulations the Court has ruled the established principle that is impermissible negative opinion expressed outside of the conference, once it has been concluded with the adoption of the final

Sommario: 1. Premessa: le modalità di convocazione della conferenza. 2. L'irrilevanza del c.d. “parere postumo”. 3. L'assetto previgente alla riforma del 2005.

1. Premessa: le modalità di convocazione della conferenza.

In considerazione dell'importante finalità di comparazione degli interessi pubblici cui la conferenza di servizi è preordinata, assumono decisiva rilevanza le disposizioni che la l. 7.8.1990, n. 241 dedica alle modalità di convocazione della stessa.

L'istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento per garantire la semplificazione dell'azione amministrativa in tutti i casi in cui, risultando coinvolte più amministrazioni portatrici di interessi spesso contrastanti, appaia necessario un esame contestuale delle diverse posizioni¹, volto a garantirne un coordinamento per il tramite del confronto².

Al fine del raggiungimento dei predetti scopi, è pertanto necessario che tutte le amministrazioni chiamate in causa vengano a conoscenza della riunione ed invitate a parte-

ciparvi per il tramite dei propri rappresentanti.

Il rispetto delle disposizioni che la legge detta in materia di convocazione costituisce dunque presupposto indispensabile ed ineludibile per il buon esito della conferenza, specie avuto riguardo alla problematica questione della manifestazione del dissenso.

Le prescrizioni fondamentali sull'indizione sono contenute negli artt. 14, co. 1 e 14 *ter*, co. 2 della l. n. 241/1990. Il primo statuisce che tale compito spetta all'amministrazione procedente, ovvero quella deputata all'adozione del provvedimento finale³, di solito perché titolare dell'interesse prevalente. L'art. 14 *ter*, co. 2, così come modificato dall'art. 10, co. 1, lett. b) l. 11.2.2005, n. 15, dispone che l'avviso della convocazione della prima riunione deve pervenire a tutte le amministrazioni interessate almeno cinque giorni prima della data fissata dall'ente procedente.

Tale avviso, al fine di consentire una preparata partecipazione, deve altresì contenere

¹ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 2011, 1847, parla di “istituto centrale della semplificazione del procedimento amministrativo”, in quanto luogo nel quale tutti gli interessi pubblici rilevanti hanno l'occasione di essere sincronicamente rappresentati.

² S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 2009, 275.

³ CdS, VI, 3.3.2006, n. 1023. Cfr. anche TAR Campania, Na, VII, 11.11.2011, n. 5286; TAR Lombardia, Mi, III, 5.10.2011, n. 2372; TAR Toscana, II, 3.3.2010, n. 594.

l'indicazione dell'oggetto della conferenza e dell'ordine del giorno⁴.

Il predetto termine deve intendersi libero⁵, in modo da dare agli enti partecipanti il tempo sufficiente per valutare la posizione da adottare. Ad ulteriore garanzia, la giurisprudenza, sulla base del principio secondo cui lo scopo della norma non è quello di garantire la mera presenza delle amministrazioni coinvolte, ma quello di assicurarne una partecipazione consapevole, ha affermato che, qualora un ente non sia stato informato dell'esistenza della riunione, il suo eventuale intervento non è sufficiente a sanare il vizio. La sanatoria per raggiungimento dello scopo, data la delicatezza degli interessi pubblici e privati in gioco, non opera nei casi in cui l'avviso non sia stato dato nei modi e nei tempi previsti dalla legge⁶. La conferenza non potrà utilmente svolgersi e l'ente promotore sarà tenuto a notificare un nuovo avviso, posticipando la data.

Ove le amministrazioni convocate siano impossibilitate a partecipare, la norma consente loro di chiedere, nei cinque giorni successivi al ricevimento dell'avviso, la fissazione di una nuova data. Tale previsione introduce una significativa garanzia, perché mira ad evitare il prodursi delle conseguenze che la legge ricollega all'assenza, allorché ricorra un'oggettiva impossibilità di prendere parte alla riunione⁷.

2. L'irrilevanza del c.d. "parere postumo".

L'art. 14 *quater* della l. n. 241/1990 dispone al primo comma che le amministrazioni regolarmente convocate devono manifestare il proprio dissenso motivatamente in sede di conferenza di servizi, a pena di inammissibilità⁸. La disposizione ha introdotto il principio della c.d. *inammissibilità del dissenso postu-*

mo, con conseguente irrilevanza del parere negativo espresso una volta che la conferenza sia conclusa⁹.

Tale regola è confermata dall'art. 14 *ter*, co. 7, l. n. 241/1990 (così come sostituito dall'art. 49, co. 2 lett. *e*), d.l. 31.5.2010, n. 78), il quale ha introdotto il meccanismo del silenzio-assenso dei rappresentanti che, pur presenziando alla conferenza, siano rimasti inerti all'esito della stessa, senza esprimere la volontà dell'ente rappresentato¹⁰. A *fortiori*, pertanto, si considererà acquisito l'assenso dell'ente che, pur regolarmente convocato, non abbia partecipato ai lavori della conferenza¹¹.

Dal combinato disposto degli artt. 14 *ter*, co. 7 e 14 *quater*, co. 1, della l. n. 241/1990 si desume la regola secondo cui, poiché l'amministrazione interessata è tenuta a manifestare espressamente in sede di conferenza la propria posizione, essa rimarrà vincolata alle deliberazioni della stessa (e le sarà precluso ogni intervento successivo) laddove non vi abbia volontariamente partecipato, pur essendo stata convocata nel rispetto delle modalità prescritte dalla legge.

In aderenza al dettato normativo, la giurisprudenza, partendo dall'indiscusso presupposto che "le amministrazioni convocate devono esprimere il proprio eventuale dissenso (...) motivatamente ed all'interno della confe-

⁴ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1854.

⁵ Sulla natura libera del termine, si veda M. SANTINI, *La conferenza di servizi*, Roma, 2008, 32.

⁶ TAR Veneto, II, 7.3.2007, n. 705. Cfr. anche CdS, V, 16.9.2011, n. 5193.

⁷ F. G. COCA, *Diritto amministrativo*, To, 2008, 390.

⁸ Come rilevato da F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1862, i profili del dissenso assumono rilevanza soprattutto nella conferenza c.d. decisoria. A quest'ultima si riferisce l'articolo.

⁹ Cfr. TAR Toscana, I, 1.3.2005, n. 978, che ha affermato che "l'unica maggioranza utile ai fini della validità delle decisioni che si vanno ad assumere è quella che risulta "fisicamente" presente alla adunanza e ciò al fine di imprimere al modulo procedimentale di cui all'art. 14, l. n. 241 del 1990 gli indispensabili requisiti di certezza e snellezza".

¹⁰ Cfr. la recente CdS, IV, 16.4.2012, n. 2170, secondo cui deve considerarsi acquisito l'assenso dell'amministrazione il cui rappresentante, all'esito dei lavori, non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata.

¹¹ Sul punto, cfr. CdS, VI, 13.5.2008, n. 2224; CdS, IV, 27.6.2007, n. 3772. Significativa è anche TAR Campania, Na, I, 17.6.2011, n. 3243, che parla di "assenso tacito e connessa decadenza dal potere di provvedere nei confronti del soggetto assente". Importante, anche se più risalente, è TAR Lombardia, III, n. 888/2002, che ha affermato come il rispetto dei principi di celerità e snellimento del procedimento imponga di equiparare le ipotesi di mancata partecipazione a quelle di partecipazione inerte.

renza”¹², ha statuito il consolidato principio secondo cui è inammissibile il parere negativo espresso al di fuori della conferenza, una volta che questa si sia conclusa con l’adozione del provvedimento finale¹³. Ad avviso dei giudici amministrativi, il legislatore, utilizzando una terminologia di matrice processuale (parlando cioè di “*inammissibilità*”), avrebbe inteso sanzionare con la nullità per carenza di potere i pareri enunciati fuori dai lavori della conferenza, trattandosi di uno dei pochi casi in cui la legge stabilisce che un dato potere debba essere esercitato entro un termine tassativo, a pena di consumazione¹⁴.

La dottrina, assodato che tale previsione è stata introdotta al fine di impedire opposizioni meramente pretestuose e dilatorie, che potrebbero intralciare il corretto funzionamento della conferenza, nonché per far sì che tutti i passaggi necessari alla determinazione finale siano concentrati nella medesima sede concertativa¹⁵, si è interrogata sul significato del termine “*inammissibilità*”. Secondo la tesi prevalente attraverso il richiamo a tale categoria il legislatore ha voluto espressamente sanzionare con la “*decadenza da ogni diritto di interlocuzione*”¹⁶ l’amministrazione che non esprima in conferenza il proprio dissenso. Questo, dunque, “*non vale come tale e non può essere considerato nel calcolo delle posizioni prevalenti, alle quali devono essere orientati le conclusioni e il provvedimento finale*”¹⁷. In sintesi, il dissenso, quando è postumo, è *tamquam non esset*, in quanto l’amministrazione procedente deve agire come se non fosse mai stato espresso, ovvero

considerandolo un mero tentativo ostruzionistico non corredato da alcun apporto costruttivo¹⁸. La mancanza di qualsiasi efficacia del parere postumo è stata ribadita dal CdS, il quale, sempre nell’ottica dei principi di semplificazione e velocizzazione dell’azione amministrativa, lo ha ritenuto inidoneo a determinare la riapertura della conferenza, nel senso che non sussiste alcun obbligo per l’amministrazione procedente di riconvocarla, dovendo la questione ritenersi chiusa con l’adozione del provvedimento finale che ha tenuto conto esclusivamente delle posizioni espresse in sede di riunione dagli enti convocati e partecipanti¹⁹. Riconoscere al dissenso postumo l’effetto di riaprire il procedimento produrrebbe peraltro un effetto paradossale: quello di attribuirgli un peso specifico addirittura maggiore rispetto al dissenso espresso in sede di conferenza, superabile sempre sulla base del principio di prevalenza²⁰. La giurisprudenza consolidata e la dottrina maggioritaria ritengono pertanto che, affinché una posizione negativa acquisti rilevanza, sia necessaria la sussistenza di determinati requisiti: il dissenso deve essere espresso in conferenza, riferirsi all’oggetto della stessa²¹, essere congruamente motivato e costruttivo²².

Solo il rispetto di tali condizioni garantisce, al tempo stesso, la leale collaborazione fra amministrazioni e l’eventuale affidamento del privato in una celere conclusione del procedimento.

3. L’assetto previgente alla riforma del

¹² TAR Sicilia, I, 30.12.2011, n. 3219.

¹³ Cfr., tra le tante, CdS, VI, 11.11.2008, n. 5620, che ha chiarito come tale sistema abbia la finalità di anticipare già al momento della conclusione dei lavori la palese espressione della volontà delle amministrazioni coinvolte.

¹⁴ Sul punto, si vedano TAR Calabria, Cz, I, 30.3.2011, n. 456; TAR Calabria, Rc, I, 27.1.2010, n. 45; TAR Puglia, Le, III, 13.5.2008, n. 1371.

¹⁵ D. PONTE, *Sub art. 14*, in S. COGLIANI (a cura di), *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, Milano, 2004, 548.

¹⁶ G. FARES, *La conferenza di servizi dopo la L. 24/11/2000 n. 340*, in *Studium iuris*, 2001, 7-8, 807 ss. In tal senso, cfr. CGARS, 9.12.2008, n. 1005.

¹⁷ G. TACCOGNA, *Principi di diritto amministrativo* (a cura di M. COLAFRANCESCO), Milano, 2006, 301.

¹⁸ M. SANTINI, *La conferenza di servizi*, cit., 62.

¹⁹ CdS, VI, 3.3.2006, n. 1023.

²⁰ I. IMPASTATO, *Sulla vexata quaestio del “dissenso postumo” (extraconferenziale): note minime su Consiglio di Giustizia amministrativa, 9.12.2008, n. 1005*, in *Giust. amm.*, 4, 224. Ad avviso dell’Autore la norma è posta a presidio dell’irripetibilità del momento decisivo conferenziale”

²¹ Non può dunque riferirsi a questioni, anche se connesse, che non hanno formato oggetto della riunione (cfr. CdS, V, 23.5.2011, n. 3099).

²² Il dissenso è costruttivo quando contiene l’indicazione delle modifiche progettuali necessarie per ottenere l’assenso (cfr. CdS, VI, 23.2.2011, n. 1132). F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1869, parla di dissenso “*propositivo*”, nella misura in cui deve indicare le condizioni per il suo superamento.



2005.

La disciplina vigente sino alla riforma introdotta con l. 11.2.2005, n. 15, invece, autorizzava la presentazione di una forma di dissenso postumo, anche se esclusivamente da parte delle amministrazioni i cui rappresentanti avessero partecipato alla riunione. Nel suo testo originario, infatti, il co. 7 dell'art. 14 *ter* l. n. 241/1990 consentiva alle amministrazioni, che non avessero espresso definitivamente la propria volontà in sede di conferenza, di notificare all'ente procedente il proprio motivato dissenso, entro trenta giorni dalla ricezione della determinazione conclusiva del procedimento, a pena di decadenza²³. Nella logica funzionale della vecchia disciplina il dissenso postumo veniva equiparato ed affiancato all'impugnazione del provvedimento finale, entrambi strumenti ostativi all'imputazione della decisione conclusiva in capo all'ente rimasto silente²⁴.

Tale scelta dimostrava come il legislatore avesse meditato sulla soluzione radicale di equiparare in via definitiva il silenzio al provvedimento favorevole, optando però infine per una insoddisfacente soluzione di compromesso, per il timore di pregiudicare la cura degli interessi pubblici affidati agli enti rimasti inerti²⁵. La contemporanea presenza nella legge sul procedimento amministrativo dell'art. 14 *quater*, co. 1 - che, come detto, prescrive che il dissenso debba essere manifestato in sede di conferenza, a pena di inammissibilità - generava tuttavia una evidente e grave antinomia²⁶, che non consentiva la ricostruzione di un quadro sistematico omogeneo. La dottrina più attenta aveva inoltre evidenziato come tale disciplina comportasse un ulteriore rischio; se infatti i motivati dissensi espressi in sede di conferenza vengono ad incidere su di una proposta di decisione, quelli postumi, invece,

²³ Norma abrogata ad opera dell'art. 10, co. 1 lett. g) l.n. 15/2005. La giurisprudenza precedente alla riforma, in aderenza al dettato normativo, riteneva legittima la presentazione di un dissenso postumo; su tutte, cfr. CdS, VI, 23.12.2005, n. 7387.

²⁴ D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi ed amministrazione della complessità*, Torino, 2002, 254.

²⁵ D. PONTE, *Sub art. 14*, cit., 539.

²⁶ Così si esprime F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1864.

sono rivolti ad una decisione già formata ed assunta. Di conseguenza, nella vigenza della vecchia normativa, qualora un dissenso postumo si fosse manifestato oggettivamente insuperabile, si sarebbe determinata una paralisi, essendo impedita all'autorità procedente l'adozione di un provvedimento difforme rispetto alla decisione assunta in sede di conferenza²⁷. La mancata previsione, nel testo della legge, di un meccanismo idoneo a superare la suddetta possibile situazione di stasi, rendeva evidenti le lacune e le illogicità del sistema. Alle amministrazioni partecipanti ma rimaste silenti veniva difatti consentito di evitare l'imputazione della decisione assunta in conferenza, attraverso la notifica del dissenso successivo; tale condotta, certamente ambigua ma autorizzata dalla legge, finiva per attribuire loro un potere *de facto* manipolativo degli esiti della conferenza²⁸. Tali incongruità sono state superate nel 2005, quando il legislatore, nell'ottica dei fondamentali principi di semplificazione ed accelerazione del procedimento, ha decisamente escluso, come si è visto, qualsiasi forma di dissenso postumo, al fine di "anticipare già al momento della conclusione dei lavori la palese espressione della volontà da parte delle amministrazioni partecipanti"²⁹. Questa scelta, coerentemente con le finalità proprie dell'istituto della conferenza di servizi, è intesa ad evitare situazioni nelle quali l'orientamento emerso in sede di riunione, in base alle posizioni espresse dalle amministrazioni presenti, possa poi essere modificato per effetto di pareri negativi postumi, che, in ipotesi, potrebbero anche essere numericamente prevalenti rispetto a quelli positivi espressi in sede di conferenza³⁰, con

²⁷ D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi ed amministrazione della complessità*, cit., 254-256.

²⁸ La critica è di F. G. COCA, *Diritto amministrativo*, cit. 392.

²⁹ CdS, VI, 9.11.2010, n. 7981.

³⁰ TAR Calabria, Rc, I, 27.1.2010, n. 45. Cfr. anche TAR Calabria, Cz, I, 30.3.2011, n. 456, che ha affermato che la riforma ha lo scopo di garantire che le amministrazioni che partecipano alla conferenza di servizi assumano le proprie determinazioni responsabilmente e con cognizione di causa. Della volontà di evitare "ribaltoni" postumi parla invece TAR Puglia, Le, III, 13.5.2008, n. 1371.

ciò svolendo completamente la portata semplificatrice dell'istituto. Consentire (tra le tante, CdS, VI, 18.4.2011, n. 2378; CdS, VI, 31.1.2011, n. 712; CdS, VI, 9.11.2010, n. 7981; CdS, VI, 11.11.2008, n. 5620) rove-

sciamenti di posizioni tra il momento della determinazione conclusiva e quello del provvedimento finale, infatti, renderebbe sostanzialmente inutile la stessa convocazione della conferenza.

«.....GA.....»

ILLEGITTIMO IL DIVIETO DI STAZIONAMENTO DEI CIRCHI CON ORDINANZA SINDACALE. COMMENTO ALLA SENTENZA DEL TAR EMILIA ROMAGNA, BOLOGNA, SEZ. II, 4.7.2012, N. 470

dell'Avv. Valeria Coppola

Illegittima l'ordinanza sindacale con la quale il Sindaco vieta l'attendamento in tutto il territorio comunale di circhi o di spettacoli viaggianti sia perché non vi è nessuna legge che vieta di impiegare gli animali, sia perché il provvedimento di cui si discorre non è stato preceduto da un'adeguata istruttoria e sia perché l'ordinanza ha stabilito un divieto assoluto senza un termine temporale finale

Illegitimate union with the order which the Mayor prohibits the encampment in the entire municipality of circus and traveling show is because there is no law that prohibits impie-racing animals, and because the measure which speaks not was preceded by an adequate investigation and because the ordinance has established a ban without a time limit final

Sommario: 1. Premessa. 2. Il caso. 3. Sull'illegittimità dell'ordinanza sotto il profilo della mancanza dei presupposti di legge per l'adozione di ordinanza extra ordinem ai sensi dell'art. 50 TUEL. 4. Conclusioni.

1.Premessa.

Nel vigente ordinamento giuridico gli enti locali dispongono del potere di disciplinare e vigilare, attraverso i loro poteri di polizia veterinaria, sulle condizioni di igiene e sicurezza pubblica in cui si svolge l'attività circense e su eventuali maltrattamenti degli animali. Ciò trova fondamento nell'art. 1 della l. n. 337 del 1968, ai sensi del quale "lo Stato riconosce la funzione sociale dei circhi equestri e dello spettacolo viaggiante. Pertanto sostiene il consolidamento e lo sviluppo del settore". Non esiste, dunque, in contrasto a tale principio, una norma legislativa che attribuisca agli enti locali il potere di fissare in via preventiva e generalizzata il divieto assoluto di uso degli animali in spettacoli, in quanto un simile intervento si porrebbe in palese

contrasto con la l. n. 337 cit., che tutela il circo nella sua dimensione tradizionale, implicante anche l'uso degli animali.

2.Il caso.

Con la sentenza n. 470 del 4.7.2012, il TAR Emilia Romagna, Bologna, si è pronunciato sul ricorso proposto da una società gestrice delle attività e delle manifestazioni di un circo avverso l'ordinanza sindacale ex art. 50 d. lgs. n. 267 del 2000, nella parte in cui ordinava il divieto di attendamento nel territorio comunale, ivi compresi i terreni privati, dei circhi con animali, la cui detenzione era stata giudicata palesemente incompatibile con le strutture circensi e di spettacolo viaggiante, nonché della deliberazione della Giunta Regionale nella parte in cui raccomandava che,