

# La PAS e i poteri di verifica *ex post*

di

Massimo Ragazzo

(avvocato amministrativista in Roma - Studio Gerosa Sollima e associati)

SOMMARIO: 1. Premessa e sintesi. - 2. La speciale procedura “semplificata” prevista dall’art. 6 del d.l.vo 28/2011. - 3. La verifica preventiva dell’interesse archeologico, ex art. 95-96 del d.l.vo n. 163/2006 (odierno art. 25 del d.l.vo n. 50/2016). - 4. Le questioni giuridiche sottese al caso sottoposto all’esame del T.A.R. Calabria. - 5. Conclusioni.

## ***1.- Premessa e sintesi.***

Il T.A.R. Calabria, con sentenza n. 256 del 16 febbraio 2017 ha stabilito che a decidere sulla sussistenza dei presupposti normativamente richiesti per la costruzione e l’esercizio di un impianto alimentato da fonti rinnovabili autorizzato mediante Procedura abilitativa semplificata (PAS) possa essere solo il Comune; nessuna delle altre amministrazioni eventualmente interessate può mettere in discussione i titoli abilitativi tacitamente inverati a seguito della presentazione della dichiarazione ex art. 6 del d.l.vo n. 28 del 2011 e col decorso del termine ivi previsto.

Nella fattispecie, la società ricorrente aveva chiesto l’annullamento della determinazione con cui il Ministero per i beni e le attività culturali e del turismo, Direzione Generale Archeologia - Soprintendenza Archeologica della Calabria, aveva preteso di annullare “in autotutela” le precedenti determinazioni di assenso adottate dal medesimo Ministero, concernenti diversi procedimenti autorizzatori semplificati (cd. PAS) ex art. 6 del d.l.vo n. 28/2011, per la realizzazione e l’esercizio di impianti di produzione di energia da fonte eolica.

Invero, la Soprintendenza aveva riscontrato favorevolmente le relative istanze della ricorrente e i saggi archeologici in corso d’opera avevano dato esito negativo in ordine alla presenza di elementi di interesse archeologico con riferimento ai primi due dei suddetti impianti.

Peraltro, la stessa Soprintendenza aveva comunicato che i mappali interessati dalla realizzazione degli impianti non risultavano sottoposti a vincolo archeologico ai sensi del decreto 42/2004, né erano in corso procedimenti di tutela in relazione agli stessi; aggiungendo, tuttavia - semplicemente ed unicamente -, che al fine di evitare danni al patrimonio archeologico dello Stato, ai sensi dell’art. 28 del d.l.vo n. 42/2004, si riteneva che tutti i movimenti di terra necessari all’effettuazione dei lavori in questione avrebbero dovuto essere seguiti da un archeologo professionista.

Senonché, a più di un anno di distanza dall’adozione delle suindicate note soprintendentizie, il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Direzione Generale Archeologia – Soprintendenza Archeologica della Calabria, aveva poi preteso di poter disporre l’annullamento in autotutela delle determinazioni di assenso in precedenza adottate dal medesimo Ministero. In particolare, la Soprintendenza aveva rappresentato che: all’esito della pluralità di istanze ex art. 6 del d.l.vo n. 28/2011, formulate dalla società ricorrente nell’ambito di un breve arco temporale ed aventi ciascuna ad oggetto un singolo aereogeneratore, si era reso necessario un riesame globale degli atti procedimentali, venendosi a configurare in senso unitario un “parco eolico” della potenza complessiva di 718,80 KW; a causa della “parcellizzazione operata” dalla società, che aveva attivato diversi procedimenti semplificati, le precedenti determinazioni favorevoli erano pertanto state adottate senza ricorrere alla procedura di “verifica preventiva” dell’interesse archeologico ex artt. 95 e 96 del d.l.vo 163/2006, che invece, sempre a dire della Soprintendenza, avrebbe dovuto disporsi guardando al progetto complessivo; considerata, pertanto, la necessità di tener conto della diversa “prospettiva di impatto paesaggistico, completamente diverso da quello della singola installazione, atomisticamente considerata”, l’amministrazione resistente aveva disposto l’annullamento in autotutela delle precedenti note favorevoli adottate nell’ambito dei

singoli procedimenti (indicate in atti); la Sovrintendenza aveva quindi diffidato la società dal dare inizio ai lavori concernenti gli aereogeneratori oggetto dei relativi titoli autorizzatori, invitando la società a presentare presso la Soprintendenza il progetto unitario, comprendente tutti gli impianti eolici, specificando anche la documentazione tecnica da allegarsi.

La decisione del T.A.R. Calabria oggetto del presente commento si segnala per la seguente affermazione di principio: a decidere sulla sussistenza dei presupposti normativamente richiesti per la costruzione e l'esercizio di un impianto a rinnovabili autorizzato mediante Procedura abilitativa semplificata (PAS) è solo il Comune e un altro ente non può mettere in discussione le autorizzazioni rilasciate.

Il TAR, come anticipato, ha ritenuto illegittimo il ritiro in autotutela delle note soprintendentizie di assenso rispetto ai singoli interventi da realizzare mediante PAS.

Nella sentenza si legge infatti che *“si è inteso incidere sull'efficacia autorizzatoria dei titoli abilitativi formati su istanza dell'interessata ex articolo 6 comma 4 del d.l.vo 28/2011, (...) vietando l'esercizio dell'attività economica cui essi erano finalizzati ed esercitando di fatto una verifica ex post sulla sussistenza dei presupposti normativamente richiesti per l'esercizio della stessa, in sostituzione del Comune, unico responsabile del procedimento cui infatti è rivolta l'istanza del privato (...)”*.

Pertanto, riconoscere a un'amministrazione diversa da quella responsabile del procedimento un concorrente potere di verifica *ex post*, si sottolinea, *“costituirebbe una palese violazione dei principi di semplificazione e unicità del centro decisionale che la normativa settoriale di derivazione europea mira invece a realizzare, nell'ottica di liberalizzazione e incentivazione delle attività oggetto di disciplina ex articolo 6 d.l.vo 28/2011”*.

## **2. La speciale procedura “semplificata” prevista dall'art. 6 del d.l.vo 28/2011.**

Nella fattispecie all'esame del T.A.R. Calabria, il Comune sul cui territorio insistevano i realizzandi impianti non aveva eccepito alcunché sulle iniziative della ricorrente; e col decorso dei relativi termini *ex lege*, si era pure in assenza di esercizio, da parte di quell'amministrazione, del potere di autotutela previsto dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990.

In relazione a ciascuno degli impianti in questione, si era pertanto formato il titolo abilitativo per *silentium*.

Invero, com'è noto, l'art. 6 del d.l.vo n. 28 del 2011 dispone, al comma 2, che *“Il proprietario dell'immobile o chi abbia la disponibilità sugli immobili interessati dall'impianto e dalle opere connesse presenta al Comune, mediante mezzo cartaceo o in via telematica, almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, una dichiarazione accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che attestino la compatibilità del progetto con gli strumenti urbanistici approvati e i regolamenti edilizi vigenti e la non contrarietà agli strumenti urbanistici adottati, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie. Alla dichiarazione sono allegati gli elaborati tecnici per la connessione redatti dal gestore della rete. Nel caso in cui siano richiesti atti di assenso nelle materie di cui al comma 4 dell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, devono essere allegati gli elaborati tecnici richiesti dalle norme di settore e si applica il comma 5”*.

Il legislatore, con l'art. 6 del d.l.vo n. 28 del 2011 ha introdotto la *“procedura abilitativa semplificata”* per la costruzione e l'esercizio degli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile, sostituendo il procedimento conferenziale unitario previsto dal comma 5 dell'art. 12 del d.l.vo n. 387 del 2003. In particolare, si è così previsto un procedimento autorizzatorio semplificato che, rispetto a quello generale costituito dall'autorizzazione unica, disciplinata dai commi 3 e 4 dell'art. 12 del d.l.vo n. 387 del 2003, si caratterizza, tra l'altro, per la competenza del Comune, invece che della Regione, per il termine di conclusione del procedimento di trenta giorni, invece che di novanta, e per la non necessità di un atto decisionale esplicito dell'Amministrazione.

Ai sensi dell'art. 6 del d.l.vo n. 28 del 2011, quindi, decorsi trenta giorni dalla presentazione della dichiarazione relativa alla realizzazione di un impianto alimentato ad energia rinnovabile, il privato è legittimato allo svolgimento delle relative attività. Con la conseguenza che l'Amministrazione non può, successivamente, inibire ovvero sanzionare detta attività senza aver previamente esercitato i suoi poteri di autotutela rispetto al provvedimento tacitamente invero.

Per tale aspetto, l'art. 6 citato prevede, infatti, al successivo comma 4, che, ove il Comune, decorso il termine di trenta giorni dalla data di ricezione della dichiarazione dell'interessato, non notifichi l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento, l'attività deve ritenersi assentita: "Il Comune, ove entro il termine indicato al comma 2 sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite al medesimo comma, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento e, in caso di falsa attestazione del professionista abilitato, informa l'autorità giudiziaria e il consiglio dell'ordine di appartenenza; è comunque salva la facoltà di ripresentare la dichiarazione, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia. Se il Comune non procede ai sensi del periodo precedente, decorso il termine di trenta giorni dalla data di ricezione della dichiarazione di cui comma 2, l'attività di costruzione deve ritenersi assentita".

La seconda parte del comma 5 del medesimo art. 6 dispone, infine, che "Qualora l'attività di costruzione e di esercizio degli impianti di cui al comma 1 sia sottoposta ad atti di assenso di competenza di amministrazioni diverse da quella comunale, e tali atti non siano allegati alla dichiarazione, l'amministrazione comunale provvede ad acquisirli d'ufficio ovvero convoca, entro venti giorni dalla presentazione della dichiarazione, una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. Il termine di trenta giorni di cui al comma 2 è sospeso fino alla acquisizione degli atti di assenso ovvero fino all'adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento ai sensi dell'articolo 14-ter, comma 6-bis, o all'esercizio del potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 14-quater, comma 3, della medesima legge 7 agosto 1990, n. 241".

Proprio in forza della suemarginata disposizione, il Ministero – Direzione Generale Archeologia, non avrebbe potuto intervenire in autotutela sulle note soprintendentizie rese in precedenza.

Era, semmai, il Comune, che doveva eventualmente convocare all'uopo una conferenza di servizi (peraltro, entro venti giorni dalla presentazione delle dichiarazioni afferenti alle PAS).

### ***3. La verifica preventiva dell'interesse archeologico, ex art. 95-96 del d.l.vo n. 163/2006 (odierno art. 25 del d.l.vo n. 50/2016).***

Un aspetto sul quale la sentenza del TAR Calabria in esame ha ommesso di pronunciarsi (ma sul quale vale invece la pena di soffermarsi, trattandosi della motivazione principale dell'intervento in asserita autotutela), ritenendo ammissibile il ricorso alla prassi dell'assorbimento dei motivi - che si compendia nel potere in capo al Giudice di "scegliere" il motivo di ricorso fondato, e di accogliere il ricorso di annullamento sulla base di tale solo motivo, ritenendo assorbiti (e quindi non trattando) gli altri - è quello relativo alla pretesa applicabilità alla fattispecie della procedura di verifica preventiva ex artt. 95 e 96 del d.l.vo n. 163 del 2006,<sup>1</sup> contestata dalla ricorrente perché afferente alle sole opere pubbliche, e non anche a quelle private di pubblica utilità e, in ogni caso, non applicabile alla PAS.

---

<sup>1</sup> Quanto al tema al tema dell'archeologia preventiva, il nuovo codice dei contratti pubblici, ex d.l.vo n. 50/2016, ha confermato la disciplina previgente, unificando nel nuovo art. 25 i precedenti artt. 95 e 96 del d.l.vo n. 163 del 2006 (che avevano recepito il contenuto degli artt. da 2 ter a 2 quinquies del D.L. n. 63 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 109 del 2005) e che segnano un punto di equilibrio tra tutela del patrimonio archeologico e "prevenzione" e gestione del così detto "rischio archeologico". Si tratta di una disciplina che, ancorché non sempre applicata secondo buon senso e in obbedienza ai fondamentali canoni di proporzionalità e ragionevolezza, si è dimostrata indispensabile per la stessa speditezza e certezza dei tempi di realizzazione dei lavori pubblici (in mancanza di verifica preventiva dell'interesse archeologico dell'area interessata dall'intervento, i lavori restano esposti al rischio costante di blocco per effetto di ritrovamenti archeologici imprevisi). La conservazione di tale istituto nell'ordinamento giuridico è divenuta viepiù cogente per effetto della recente ratifica della Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico, fatta alla Valletta il 16 gennaio 1992, disposta dalla L. 29 aprile 2015, n. 57.

Le uniche novità da segnalare consistono nella riduzione a trenta giorni (dai novanta originariamente previsti) del termine per il soprintendente per decidere dell'interesse archeologico dell'area interessata dai lavori e, quindi, per disporre o meno l'avvio delle indagini sul terreno, sulla base della relazione archeologica redatta, per conto della stazione appaltante, da un archeologo iscritto nell'apposito elenco tenuto dal competente Ministero (termine elevato peraltro a sessanta giorni nel caso di progetti di grandi opere infrastrutturali o a rete); la sostituzione delle linee guida già previste dal comma 6 dell'art. 95 del codice del 2006 (e mai adottate, nonostante il "richiamo" acceleratorio contenuto nell'art. 25, comma 4, D.L. "sblocca-Italia" n. 133 del 2015, convertito nella L. n. 164 del 2015) con la previsione (comma 13) di un apposito d.P.C.M., su proposta del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro per la semplificazione e la P.A. e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di individuazione dei procedimenti semplificati, con termini certi che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico

Ebbene, vediamo cosa dispongono, sul punto, le norme recate dal d.l.vo n. 42 del 2004 e dal d.l.vo n. 163 del 2006.

Per ciò che attiene allo strumento cautelare della inibitoria preventiva di cui all'art. 28, comma 2, del codice ex d.l.vo n. 42 del 2004, e poi eventualmente, in seconda battuta, della dichiarazione di interesse culturale di cui agli artt. 13 e 14 del codice stesso, va rilevato che il menzionato art. 28, comma 2, viene applicato anche per interventi progettati e non ancora avviati ed in relazione a beni per i quali non sia ancora intervenuta la dichiarazione di interesse culturale di cui all'art. 13 del codice.

Tale *modus operandi* è stato regolamentato, nel dettaglio, all'interno del codice dei contratti pubblici (ex d.l.vo n. 163 del 2006), ove si è affermato il principio della verifica preventiva dell'interesse archeologico.

Il legislatore non ha però codificato la stessa procedura per quanto riguarda le opere - sì di interesse pubblico come quelle in esame (impianti di produzione di energia rinnovabile), ma pur sempre - ad iniziativa privata.

Ed invero, la prassi applicativa dell'art. 28 del d.l.vo n. 42 del 2004 ed i relativi riscontri giurisprudenziali evidenziano che la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, quali opere private di pubblica utilità, ai sensi del comma 1 dell'art. 12 del d.l.vo n. 387 del 2003, non identifica un appalto di lavori pubblici e pertanto non può richiedersi l'esecuzione degli incombeni relativi alla verifica preventiva dell'interesse archeologico di cui all'art. 95 del citato d.l.vo n. 163 del 2006.

Della incoercibilità della procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico alle opere private di interesse pubblico si è dimostrato ben consapevole lo stesso Ministero dei Beni e delle Attività Culturali, con parere rilasciato il 13 settembre 2010 dall'Ufficio Legislativo del Mi.B.A.C. (prot. n. 16719 del 13 settembre 2010), secondo cui il campo di applicazione dell'archeologia preventiva è circoscritto all'ambito delle opere pubbliche, escludendo gli impianti di produzione di energia elettrica da fonti alternative, progettati e realizzati con fondi privati.

La stessa giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che la potestà di prescrivere indagini archeologiche preliminari è prevista solo in caso di realizzazione di lavori pubblici ricadenti in aree di interesse archeologico e non quando si tratti di realizzazione di opere private (così, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 25 agosto 2008, n. 449).

In ogni caso, anche ammesso - ma non concesso - che le norme in esame possano trovare applicazione anche per le opere private di pubblica utilità, è comunque da escludere che la procedura ex art. 28 (e, su di un piano applicativo, degli artt. 95 e 96 del d.l.vo n. 163/2006) possa essere imposta in assenza di specifici vincoli.

Invero, in mancanza un espresso vincolo, affinché possa trovare applicazione l'art. 28 in parola, occorre che risulti attestata, sulla base di documentazione attendibile, la presenza di seri "indizi di culturalità", ossia di elementi di rilevante interesse archeologico (così, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 18 luglio 2009, n. 1890).

In proposito, va rilevato che in forza dell'art. 142, comma 1, lett. m), D.l.vo 42/2004 sono "beni paesaggistici" "le zone di interesse archeologico", che devono essere ai sensi dell'art. 143 comma 1 lett. c) oggetto di "ricognizione" da parte del Piano Paesaggistico, il quale procede inoltre alla "loro delimitazione e rappresentazione in scala idonea alla identificazione".

Appare dunque legittimo ritenere che siano soggette alle prescrizioni di cui all'art. 28 comma 4 D.l.vo 42/2004 e all'art. 95 D.l.vo 163/06 le "zone di interesse archeologico" individuate dal Piano Paesaggistico.

Si può allora affermare che l'applicazione delle prescrizioni di cui all'art. 28, comma 4, D.l.vo 42/2004 e all'art. 95 D.l.vo 163/06 è dovuta quando la realizzazione di lavori pubblici ricada in aree:

- qualificate "beni culturali" ai sensi dell'art. 13 e 10 comma 3 D.l.vo 42/2004;
- oggetto di procedimento di verifica dell'interesse culturale ex art. 12 comma 2 D.l.vo 42/2004;
- individuate dal Piano Paesaggistico quali "zone di interesse archeologico" ai sensi dell'art. 142, comma 1, lett. m), del d.l.vo n. 42 del 2004;

---

sotteso alla realizzazione dell'opera; infine, il rinvio (peraltro superfluo, perché ex se applicabile a tutte le procedure e a tutte le fasi delle procedure "bloccate") alla così detta fast truck procedure (comma 15) di cui all'emanando regolamento di attuazione dell'art. 4 della L. 7 agosto 2015, n. 124.

- individuate dal Piano Regolatore Comunale quali “aree di interesse archeologico”.

Occorre, però, considerare ancora - per completezza della presente disamina - l'ipotesi che l'applicazione delle prescrizioni recate dalle norme indicate sia eventualmente dovuta anche quando le aree dove devono essere realizzati (non opere private di pubblica utilità, ma) lavori pubblici non siano oggetto del provvedimento di cui all'art. 13 o del procedimento di cui all'art. 12 comma 2, del d.l.vo 42/2004, e non siano neppure individuate dal Piano Paesaggistico o dal Piano Regolatore Comunale.

Ebbene, è così!?

Ora, lo scopo della disciplina contenuta nell'art. 95 del Codice dei contratti pubblici è quello di approntare - prima dell'apertura dei cantieri, e quindi in via preventiva - una compiuta rappresentazione dell'eventuale interesse archeologico dell'area oggetto di intervento.

In particolare, la norma in esame ipotizza che, all'esito della verifica di sua competenza, il Soprintendente possa ravvisare “l'esistenza di un interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione” (art. 95, comma 3, D.l.vo 163/06) e conseguentemente dar luogo alla procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico disciplinata dall'art. 96, che può condurre (comma 2, lett. c, e comma 4) al procedimento di verifica o di dichiarazione di interesse culturale ex artt. 12 e 13 D.l.vo 42/2004.

Pare quindi che la qualificazione di “area di interesse archeologico” sia una possibile conseguenza - e non un presupposto - dell'applicazione delle prescrizioni di cui all'art. 28, comma 4, del d.l.vo 42/2004 e all'art. 95 del d.l.vo 163/2006: la verifica preventiva da parte della Soprintendenza potrebbe, quindi, essere attivata anche indipendentemente dalla presenza formale di un “vincolo archeologico”.

Tuttavia, non è possibile ritenere che incomba sempre e comunque sull'Ente committente dei lavori pubblici in questione (perchè sempre di lavori “pubblici” parliamo, ben s'intenda) formulare - caso per caso, in relazione alla specifica zona del territorio comunale - una valutazione di “potenziale interesse archeologico” dell'area ove devono realizzarsi detti lavori.

Questa conclusione trova conferma nella decisione del T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 18 luglio 2009 n. 1890, che così argomenta: “*Ritiene pertanto il collegio che, al di là della presenza o meno di vincoli archeologici sull'area de qua, ciò che rileva è l'incontestato (ed anzi confermato) rilievo di elementi di seria consistenza che fanno propendere per l'oggettiva rilevanza archeologica dell'area in questione (o quanto meno su parte di essa). (...)*”

*Ed infatti, il menzionato art. 28, comma 2, viene applicato anche per interventi progettati e non ancora avviati ed in relazione a beni per i quali non sia ancora intervenuta la dichiarazione di interesse culturale di cui all'art. 13 del codice. Ed anzi a tale strumento per lo più si ricorre proprio allo scopo di giungere, se del caso, a questo tipo di dichiarazione.*

*Tale modus operandi è stato di recente regolamentato, nel dettaglio, all'interno del codice dei contratti pubblici, ove si è affermato il principio della verifica preventiva dell'interesse archeologico.*

*Si ritiene che alle medesime conclusioni possa giungersi qualora sull'area, anche in assenza di specifici vincoli, risulti attestata sulla base di documentazione attendibile la presenza di “seri indizi di culturalità”, ossia di elementi di rilevante interesse archeologico”.*

Pertanto, laddove si versi in una situazione di assenza di specifici vincoli, occorre che la presenza di “seri indizi di culturalità” risulti comunque attestata “sulla base di documentazione attendibile”.

Circostanza che, nella fattispecie, era stata espressamente contestata dalla ricorrente, non emergendo minimamente dalle note soprintendentizie impugnate.

#### **4. Le questioni giuridiche sottese al caso sottoposto all'esame del T.A.R. Calabria.**

Com'è noto, il d.l.vo n. 28/2011 ha innovato il quadro degli strumenti di semplificazione costituiti dalla Scia (ex Dia) e dal silenzio assenso, previsti in via generale dagli articoli 19 e 20 della legge 241/1990.

Ciò vale soprattutto per la Procedura abilitativa semplificata di cui all'articolo 6 del decreto legislativo, che si applica agli impianti alimentati da fonti rinnovabili di cui ai paragrafi 11 e 12 delle linee guida. Infatti, la PAS, a prima vista, sembra regolata come una Scia.

Il proprietario dell'immobile che vuole realizzare l'impianto deve inviare al Comune soltanto una comunicazione accompagnata da una relazione a firma del progettista che ne attesti la compatibilità con le norme urbanistiche, di sicurezza e igieniche e sanitarie.

Tuttavia i lavori non possono iniziare subito e anzi il Comune ha 30 giorni per le verifiche, completate le quali può notificare all'interessato un ordine di non effettuare l'intervento.

Se il Comune non emana il provvedimento interdittivo nel termine di trenta giorni dalla data di ricezione della dichiarazione, «l'attività di costruzione deve ritenersi assentita» (comma 4, ultima parte).

Si forma cioè il silenzio assenso di cui all'articolo 20 della legge 241/1990.

Ora, sono due le questioni giuridiche, peraltro strettamente connesse, che si agitano attorno alla PAS:

a) la sussumibilità della speciale procedura "semplificata" prevista dall'art. 6 del d.l.vo 28/2011 nel modello procedimentale della Segnalazione Certificata di Inizio Attività ex art. 19 L. 241/90, modello, come noto, focalizzato sulla struttura "bifasica" a) dell'atto privato, quale momento di esercizio della cd. "autoamministrazione" e b) dell'attivazione del controllo *ex post* della sussistenza dei relativi presupposti da parte dell'amministrazione (cfr. *ex multis*, da ultimo, Corte Cost. 49/2016; Consiglio di Stato, sez. normativa, 30 marzo 2016 n. 839, in particolare, punto 3).

b) le forme di tutela del terzo che si ritenga leso dalla denuncia di attività del privato ovvero, nello specifico, la sottoposizione o meno del potere di sollecitazione da parte del terzo dei poteri di "controllo" devoluti all'amministrazione a termini di decadenza decorrenti dalla piena conoscenza del contenuto lesivo della dichiarazione del privato.

Ebbene, la "procedura abilitativa semplificata" (cd. PAS) prevista dall'art. 6 del d.l.vo 28/2011 per gli impianti cd. "minieolici" (ovvero con potenza inferiore a 60kw) costituisce una delle applicazioni specifiche della fattispecie procedimentale "bifasica" che, in generale, il legislatore ha previsto nell'art. 19 L.241/90, prima con la DIA "ad efficacia variabile" e poi - con la novella legislativa del D.L. 78 del 31 maggio 2010 convertito nella Legge 122 del 30 luglio 2010 - con la SCIA ad efficacia sempre immediatamente legittimante.

Il procedimento introdotto dall'art. 6 del d.l.vo n. 28/2011 è infatti pienamente in linea con quello della "DIA a legittimazione differita" - prefigurato *ratione temporis* in generale dalla L. 241/90, prima della novella intervenuta proprio nel 2011- poiché:

- la "dichiarazione", supportata dalla prescritta documentazione tecnica, deve essere presentata al Comune "almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori";

- analogamente a quanto previsto nell'art. 19 L. 241/90 e nell'art. 23 DPR 380/2011 (disciplinante la DIA edilizia), sulla base del "contatto comunicativo" intercorrente tra l'amministrazione e il privato interessato, il Comune ha il potere di "verificare" la sussistenza in concreto delle condizioni cui il legislatore subordina la possibilità di esercitare l'attività in questione;

- l'attività viene pertanto intrapresa senza bisogno di un provvedimento autorizzatorio a monte, essendo esso "surrogato" dall'assunzione di autoresponsabilità del privato insita nella dichiarazione documentata (o nella "segnalazione certificata"), fermo restando lo spostamento "in avanti" del potere di controllo *ex post* mediante la previsione di strumenti inibitori e repressivi riconosciuti in capo all'amministrazione competente.

A tale conclusione è peraltro giunta anche la giurisprudenza che si è espressa in materia (cfr. sent. Cons. Stato, Sez. IV, 19 giugno 2014, n. 3112), escludendo l'applicabilità dell'art. 10-bis della L. 241/90 al procedimento PAS proprio sul presupposto che non si tratta nello specifico di un provvedimento tacito, ma di atti privati di comunicazione dell'intenzione "di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge".

Più delicata e foriera di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali tuttora non univoci è la seconda delle questioni sopra sintetizzate, concernente le forme e i limiti temporali di tutela del terzo che affermi di subire una lesione nella propria sfera giuridica in forza dell'avvio delle attività assentite sulla base della denuncia privatistica ex art. 19 L. 241/90.

La mancanza di una specifica previsione normativa e la peculiarità del modello procedimentale che non è focalizzato su un "atto provvedimentale" sono state di recente sottolineate, in relazione alle possibili opzioni *de iure condendo*, anche dal citato parere del Consiglio di Stato n. 839/2016 (cfr. in particolare, punto 3.3.).

Vengono in gioco, in relazione a tale tematica, da un lato, le esigenze di effettività della tutela del controinteressato per attività potenzialmente lesive e comunque “regolamentate” in sede amministrativa, esigenze la cui soddisfazione deve tener conto del presupposto normativo della mancanza di un provvedimento amministrativo e, conseguentemente, la difficile applicabilità del modello impugnatorio ex art. 29 c.p.a.; dall’altro, le esigenze di “stabilità” dei titoli privati che abilitano all’esercizio di attività di rilievo economico, sottoposte, non ad un potere di ponderazione e bilanciamento che escluderebbe la stessa configurabilità del modello semplificato in esame, ma unicamente alla verifica da parte dell’amministrazione ex post della sussistenza dei presupposti tecnici richiesti dalla fattispecie legale.

Come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa prevalente (TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 15 aprile 2016 n. 735, che si richiama anche all’art. art. 88, comma 2, lett. d, del c.p.a.), il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze sopra indicate deve individuarsi, consentendo al terzo di attivare il potere di verifica dell’amministrazione, anche dopo che sia trascorso il termine di sessanta giorni di “stabilizzazione” del titolo edilizio, potere che però non coincide con quello “inibitorio” previsto dall’art. 19 L. 241/90, ma con quello di riscontro *ex post* circa la sussistenza dei diversi presupposti previsti per l’autotutela; potere che richiama quello in autotutela solo quanto alla disciplina applicabile, ma se ne distingue per il suo contenuto “vincolato”.

Nel caso di specie, non si tratta invero di esercizio dei poteri di autotutela – che erano ambigualmente evocati dal testo previgente dell’art. 19 L. 241/90 – ma di poteri comunque di “verifica”, diretti a riscontrare la sussistenza dei presupposti legali per l’esercizio dell’attività privata.

### **5.- Conclusioni.**

Come rilevato dal TAR Catanzaro, con la determinazione soprintendentizia impugnata, si è inteso incidere sull’efficacia autorizzatoria dei titoli abilitativi formati su istanza dell’interessata ex art. 6 co. 4 del d.l.vo n. 28/2011, vietando l’esercizio dell’attività economica cui essi erano finalizzati ed esercitando di fatto una verifica “*ex post*” sulla sussistenza dei presupposti normativamente richiesti per l’esercizio della stessa, in “sostituzione” del Comune, unico responsabile del procedimento, cui infatti è rivolta l’istanza del privato, che pure era stato sollecitato - senza alcun riscontro evidentemente, nella prospettiva dell’amministrazione statale - a “*vigilare affinché l’adozione di più procedimenti di natura semplificata sul medesimo territorio non siano finalizzati al superamento della norma che prevede l’autorizzazione unica*”.

La violazione della sfera di competenza comunale, posta in essere dalla soprintendenza, è tanto più evidente se si considera che la procedura autorizzatoria concernente la realizzazione e l’attivazione di impianti alimentati da fonte rinnovabile - sia se disciplinata dall’art. 6 co. 4 d.l.vo n. 28/2011, come nel caso di specie, in relazione agli specifici procedimenti cd. PAS, sia se disciplinata dall’art. 12 del d.l.vo 387/2003, in ipotesi di procedimenti più complessi - è ispirata ai principi di derivazione “comunitaria” (cfr. Dir. CE 2001/77 e Dir. CE 2009/28, di cui le norme nazionali citate costituiscono attuazione) della semplificazione e celerità, con la conseguente individuazione di un’unica amministrazione titolare del procedimento e della connessa responsabilità decisionale, salva l’attivazione degli strumenti necessari di coordinamento (come la conferenza di servizi), nel caso siano incisi interessi diversi (come quello paesaggistico e storico-artistico) appartenenti ad amministrazioni diverse, ma sempre su impulso della amministrazione cui è riferibile la responsabilità procedimentale.

Il riconoscimento di un concorrente potere di verifica *ex post* in capo ad un’amministrazione diversa da quella responsabile del procedimento costituirebbe una palese violazione dei principi di semplificazione e unicità del centro decisionale che la normativa settoriale di derivazione europea mira invece a realizzare, nell’ottica di liberalizzazione e incentivazione delle attività oggetto di disciplina ex art. 6 d.l.vo n. 28/2011.